

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

En Madrid, a 3 de abril de 2019.

VISTO, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.R., actuando en nombre y representación de Aspel y por tanto de las empresas miembros de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (en adelante Aspel) contra los Pliegos del contrato de servicio “Limpieza de diferentes inmuebles de la Consejería de Educación e Investigación de la Comunidad de Madrid, dividido en 17 Lotes”, Expte núm. A/SER-020404/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que con fecha, 25 de febrero de 2019, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid anuncio de licitación de la Consejería de Educación e Investigación de la Comunidad de Madrid, con los Pliegos referidos.

El contrato que nos ocupa es de servicios y tiene un valor estimado de 40.836.665,76 euros.

Segundo.- Que en fecha, 27 de marzo de 2019, se presenta recurso especial en materia de contratación contra los mismos, basado como único motivo en la vulneración del artículo 130 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), porque los datos suministrados en cuanto al personal a subrogar son insuficientes y en concreto por falta de indicación del centro donde realizan su trabajo, no permitiendo evaluar el coste de la prestación.

Como medida cautelar se solicita la suspensión del procedimiento, argumentando que de continuar el mismo los licitadores podrían verse afectados por la revelación de sus respectivas ofertas para este contrato, que serían conocidas por los competidores, lo que implicaría un daño de de muy difícil o imposible reparación para el caso de que finalmente se estimara el recurso frente a los Pliegos.

Tercero.- Solicitado el preceptivo informe y expediente del órgano de contratación se recibe en fecha 1 de abril, conforme al artículo 56 de la LCSP:

A los anteriores antecedentes son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 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.- Como asociación patronal representativa de intereses colectivos la recurrente está legitimada para interponer el recurso, todo ello de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El presente recurso se presenta el, 27 de marzo de 2019, dentro del plazo de 15 días hábiles desde la modificación del personal a subrogar publicada en fecha, 19 de marzo de 2019.

Cuarto.- El recurso se dirige contra unos Pliegos de un contrato de servicios de valor superior a 100.000 euros y por ende, susceptible de recurso especial en materia de contratación, a tenor del artículo 44 de la LCSP.

Quinto.- La única motivación de impugnación es la vulneración del artículo 130 de la LCSP, que transcribe íntegro el recurrente:

“Artículo 130. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará

igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”.

Este Tribunal de Contratación comprueba que en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid está publicado:

- La memoria explicativa del contrato realizada sobre 166 hojas de cálculo, una por centro docente, y un anexo con el cuadro completo de los 17 lotes con sus correspondientes centros, su superficie en metros cuadrados a limpiar y la asignación mínima y obligatoria de horas diarias a realizar; así como su coste económico: base imponible, IVA, coste total y anualidades para 2019, 2020 y 2021 (con IVA incluido).
- La relación completa del personal a subrogar, en varios archivos según la empresa de procedencia, con indicación de centro, jornada, tipo de contrato, antigüedad, categoría profesional y salario. Igualmente se les denomina por su género. Omite nombres, por protección de datos personales.

Con posterioridad a la publicación se anexa nuevo personal a subrogar, variando las condiciones de contratación. Según responde el Órgano de Contratación que el primer listado publicado corresponde al fin del expediente de contratación en octubre de 2018. Como desde entonces algunos centros cambiaron de empresa, se procedió a publicar nuevos listados de personal a subrogar con las actualizaciones pertinentes, no existiendo entre uno y otro listado variaciones sustanciales sobre el personal a subrogar, siendo el último listado más aclaratorio, pues en el mismo solo entran los centros que son efectivamente objeto de la licitación.

Se comprueba por este Tribunal que estos nuevos listados se publican en notas aclaratorias de fechas 1, 5, 12 y 19 de marzo de 2019, todavía en plazo de licitación (vence el 27 de marzo de 2019). No se acredita por el recurrente que impliquen incremento de coste o supongan variación sustancial de las condiciones de contratación, sino sustitución de unos trabajadores por otros. A raíz de la

publicación de otro personal, en fecha, 11 de marzo de 2019, mediante nota aclaratoria se amplía el plazo para licitar:

“Primero.- Con motivo de la publicación de los datos sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores de las empresas que están prestando servicio en la actualidad para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del vigente Convenio Colectivo de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 58, de 10 de marzo de 2014), a los efectos de la obligación de subrogación de los nuevos empleadores en los trabajadores que están prestando el servicio en la actualidad, se amplía el plazo para la presentación de ofertas, en 15 días naturales, por lo que la fecha de finalización del plazo es la de 27 de marzo de 2019”.

Respecto de estas listas expone en este expediente el órgano de contratación que:

“En primer lugar, esta Dirección General hace constar que el primer listado de personal a subrogar que se publicó en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid es el correspondiente a octubre de 2018”. En esa fecha se terminó la elaboración del expediente de contratación y se inició su tramitación (el número de expediente así lo indica). Por tanto, aquel listado se corresponde al personal y a las empresas que habían terminado su contrato en aquel momento (30 de junio y 30 de septiembre de 2018).

Como en la tramitación del expediente habían transcurridos cuatro meses desde la entrega de esos listados y algunos centros docentes en ese tiempo habían cambiado de empresa de limpieza (en concreto, 45 centros de los 166), el Órgano de Contratación de la Consejería de Educación e Investigación estimó oportuno que se volviese a solicitar un nuevo listado para su publicación en el Portal de Contratación con la actualización de esos 45 centros, a fin de que el personal a subrogar estuviese ubicado correctamente en la empresa que en este momento está prestando el servicio.

Estos dos listados, que se han publicado en el Portal de Contratación, no implican ninguna contradicción. Todo lo contrario, el último listado lo que hace es

aclarar aún más el personal a subrogar, pues en él aparecen solo los centros que forman parte del expediente de contratación, mientras que en el primer listado aparecían centros que actualmente, por temas organizativos de la Consejería de Educación e Investigación, dependen de otras Direcciones Generales y que, por tanto, no corresponden a este expediente.

Ya en la *“Memoria explicativa para la determinación del precio del contrato”* se señalaba que se ha calculado el coste total del personal a subrogar que las empresas de limpieza han comunicado, correspondientes a 155 centros docentes que venían de contratos adjudicados en 2014 (números de expedientes C-500/001-14 y C-500/004-14) y siete centros que venían de un contrato posterior que no se ha prorrogado por una empresa adjudicataria (C-321M/004-16). Por tanto, en el coste total del contrato se refleja todo el personal a subrogar, incluido el personal que en los listados presentados por las empresas aparecen como asignados a todos los lotes.

Particularmente, en los costes de personal se ha incluido un cristalero por lote (tomando como referencia de antigüedad los cristaleros del personal a subrogar no asignados a un centro concreto), con horario completo y dedicación exclusiva. Este personal se ha prorrateado en todos los centros del lote, excluyendo aquellos que en su personal a subrogar aparecían esta categoría.

Por último, señalar que igualmente se han tenido en cuenta en los costes los pluses, acuerdos o pactos asignados a algunos trabajadores que se reflejan en el personal a subrogar entregado por las empresas de limpieza que han prestado el servicio de limpieza hasta la finalización del contrato.

En segundo lugar, la composición de los listados se ajusta a lo que ha sido posible obtener de las empresas salientes tras reiteradas peticiones, dados los errores detectados en los listados remitidos.

El Órgano de Contratación los solicitó en dos ocasiones (una vez al inicio del

expediente y otra que corresponde a la actualmente publicada en el Portal de Contratación) y esta unidad promotora también los ha solicitado en dos ocasiones distintas (se adjuntan los escritos remitidos a las empresas).

En cuanto a las consultas mencionadas en el recurso sobre el personal a subrogar asignado a todos los lotes, en ningún momento se han dirigido las empresas a esta Unidad promotora para solicitar dicha información.

Por tanto, en la medida en que la Administración ha realizado todo lo que estaba en su mano, tanto en lo referido a repercutir los costes del personal a subrogar en el contrato, como a la publicación de listados de personal suficientemente completos, se estima que no procede el recurso de impugnación a los Pliegos y a los listados. Máxime cuando son tan solo dos empresas las que están proporcionando una información de carácter genérico sobre una parte del personal a subrogar.

En este sentido, la LCSP en el mismo artículo 130.5, recoge que las empresas adjudicatarias podrán iniciar una acción directa contra el anterior contratista, por no haber suministrado una información ajustada en cuanto a los costes laborales del contrato. Por tanto, consideramos que no es contra el Pliego sino contra las empresas contra quienes la empresa adjudicataria debería, finalmente, emprender acciones legales. Al respecto, se señala que este mismo extremo está también recogido en el convenio colectivo de este personal.

Entiende este Tribunal que la Administración ha ofrecido toda la información que ha podido obtener actuando de una forma diligente, publicando en el perfil del contratante todas las modificaciones de personal habidas y ampliando el plazo para presentar proposiciones. Si alguna empresa no ha proporcionado información correcta, el adjudicatario tendrá acción directa contra el anterior prestador del servicio.

El propio recurrente Aspel circunscribe bastante el ámbito de su recurso,

cuando afirma que *“no se informa del Lote al que pertenecen determinados trabajadores (38 operarios)”*. Pero sin aportar prueba alguna que sustente tal afirmación.

De otra parte, es indicativo de que esta información no debe ser insuficiente, el número de licitadores (20 para un total de 17 lotes) y el que junto a este, no se haya formalizado más que otro recurso, lo que es indicativo de que la información suministrada les resulta suficiente para determinar los costes que van a soportar.

Por todas estas razones se entiende procede la desestimación del recurso en cuanto al fondo y con ello también la petición cautelar de suspensión del procedimiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 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 don J.D.R., actuando en nombre y representación de Aspel y por tanto de las empresas miembros de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza Aspel, contra los Pliegos del contrato de servicio “Limpieza de diferentes inmuebles de la Consejería de Educación e Investigación de la Comunidad de Madrid, dividido en 17 Lotes”, Expte núm. A/SER-020404/2018.

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 59 de la LCSP.