

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

En Madrid, a 15 de abril de 2021

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN) contra el anuncio, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales del contrato “Servicio de limpieza del material móvil del Metro de Madrid, S.A.” número de expediente 6012100048, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 12 de febrero en el BOCM, el 15 de febrero de 2021 en la Plataforma de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 17 de febrero en el DOUE y el 19 de febrero en el BOE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en cuatro lotes.

El valor estimado del contrato es de 76.863.073,20 euros, siendo el plazo de ejecución del contrato de cuatro años, con 2 prórrogas de seis meses cada una.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 22 de marzo de 2021.

Segundo.- El 22 de marzo de 2021 la representación de AFELIN presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra el anuncio, los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales del contrato de referencia por considerar que tras la modificación del personal a subrogar que fue publicada el 12 de marzo de 2021, el presupuesto base de licitación establecido en los pliegos es insuficiente para la prestación del servicio. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 6 de abril, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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), solicitando la desestimación de la reclamación presentada por AFELIN.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 31 de marzo de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido al posible desvelo de las ofertas antes de haberse resuelto el presente recurso.

Quinto.- No se ha dado traslado de la reclamación a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el reclamante, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto Ley 3/2020 de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLSE).

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación planteada.

Segundo.- AFELIN se encuentra legitimada para la interposición del recurso, por tratarse de una asociación empresarial representativa a nivel estatal de los empresarios de limpieza de edificios y locales, siendo uno de sus fines defender los intereses de sus miembros y promover y proteger la libre competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al que se remite el artículo 121 del RDLSE al prever que en todo caso se entenderá legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación la organización empresarial sectorial

representativa de los intereses afectados.

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de la reclamación.

Tercero.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto al RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1. *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos”*.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado ante el Tribunal el 22 de marzo de 2021, contra el anuncio y los pliegos y demás documentos contractuales por haberse publicado el 15 de marzo en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid “Nota de actualización y ampliación de plazo de presentación de ofertas” debido a la sustitución de los listados de personal a subrogar, dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si con motivo de la actualización del personal a subrogar lleva como consecuencia la modificación del presupuesto base de licitación.

Alega el recurrente que la sustitución del personal a subrogar actualizado supone un incremento de 46 trabajadores o lo que es lo mismo un incremento de un 17,42 % y que esta actualización no conllevó la modificación del presupuesto base de licitación y considera que con los nuevos listados de personal, el coste de personal es superior en dos de los cuatro lotes, en concreto el C y el D. A lo anterior añade que a pesar de estar dividido el contrato en cuatro lotes, el PCP obliga a los licitadores a presentar oferta a todos los lotes.

Manifiesta el recurrente que el presupuesto base de licitación no es adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato puesto que con el nuevo listado de

personal a subrogar no se cubren los costes laborales del personal que actualmente presta el servicio en dos de los cuatro lotes, lo cual haría insostenible la prestación del servicio y comportaría un importante peligro para la viabilidad de su presentación.

El recurrente añade que *“Señala el artículo 1.3. del PCP que el “presupuesto base de licitación es el indicado en el apartado 10 del cuadro resumen del PCP, donde también se hace referencia al método empleado para calcularlo”. En ese apartado 10 se recoge el presupuesto base de licitación para cada uno de los cuatro lotes. Este presupuesto base de licitación recoge los costes directos -que estima en un 98%-, los costes indirectos -que estima en un 2%-, los gastos generales y el beneficio industrial. No obstante, **no se recoge el método empleado para calcular el presupuesto base de licitación**. Sí que recoge, por contra, el método para el cálculo del valor estimado del contrato, señalando que es “El valor real de los distintos contratos análogos adjudicados, aplicando un incremento teniendo en cuenta los precios del mercado y el **aumento previsto en el número de operaciones de limpieza a realizar**”.*

*El apartado 3.2.1 de la Memoria Justificativa (como **documento adjunto número 6**) recoge una comparativa económica de los contratos análogos adjudicados, por lo que, de acuerdo con lo señalado en el PCP para el cálculo del valor estimado del contrato, y los precios de los contratos análogos, **podemos concluir que en este contrato se realiza un incremento del servicio con el aumento del número de operaciones de limpieza a realizar**. O lo que es lo mismo, **las necesidades del personal para la prestación del servicio serán, como mínimo, idénticas a las actuales, debiendo tomar como referencia para la prestación del servicio el personal objeto de subrogación, conforme al Convenio Colectivo de aplicación**”.*

Por su parte el órgano de contratación alega que: *“El pasado 15 de febrero de 2021, Metro convocó, en el Perfil del Contratante del Portal de la Contratación*

Pública de la Comunidad de Madrid, la licitación número 6012100048 para la contratación del servicio de limpieza del material móvil de Metro de Madrid, S.A.

El apartado 37 del Cuadro Resumen del Pliego de Condiciones Particulares por el que se rige dicha licitación, contiene la siguiente redacción:

“¿Debe el contratista subrogarse en el personal adscrito a la prestación del servicio? Sí.

Según Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, con las mejoras que se acordaron con Metro en el año 2008.

Se acompaña como anexo VI del PCP la información relativa a la subrogación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43 del RDLSE y a los efectos de cumplir con lo previsto en el artículo 130 de la LCSP. La subrogación se regula en la condición 11.21 del PCP”.

Dicho Anexo se remite al contenido de un documento facilitado a los licitadores, que contiene los siguientes listados:

- Listado del personal a subrogar Lote A.*
- Listado del personal a subrogar Lote B.*
- Listado del personal a subrogar Lote C.*
- Listado del personal a subrogar Lote D.*

El contenido de dichos listados fue elaborado conforme a la información facilitada por las empresas que actualmente prestan los servicios de limpieza objeto de la licitación nº 6012100048.

Dicha documentación, por la que se rige tal proceso de licitación, empezó a elaborarse en el mes de septiembre de 2019, incorporándose los primeros listados de personal a subrogar, en mayo de 2020, con la información facilitada por las empresas prestatarias del servicio objeto de licitación en esa fecha.

Sin embargo, en el mes de marzo de 2021 y “debido a comunicaciones recibidas en relación con la licitación referenciada”, Metro conoció que el fichero Excel referente al “Listado de personal a subrogar” para cada uno de los lotes que integran la licitación, no se encontraba actualizado.

En consecuencia, a fin de dar cumplimiento de lo previsto en el artículo 43 del RDLSE en relación con lo previsto en el artículo 130 de la LCSP; y facilitar a los licitadores un listado actualizado del número de trabajadores a subrogar, Metro publicó en fecha 12 de marzo de 2021, una Nota, denominada “Actualización de los listados de personal a subrogar y ampliación de plazo de presentación de ofertas –

licitación 6012100048- Servicio de limpieza de material móvil de Metro de Madrid, S.A.”, que recogía lo siguiente:

“Se ha procedido a la sustitución del listado de personal a subrogar para cada uno de los lotes que debe considerarse para la presentación de ofertas a la licitación 6012100048 - SERVICIO DE LIMPIEZA DEL MATERIAL MÓVIL DE METRO DE MADRID, S.A.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, y de conformidad con lo establecido en el artículo “136. Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones” de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se procede a la ampliación del plazo de presentación de ofertas establecido para la licitación 6012100048 - SERVICIO DE LIMPIEZA DEL MATERIAL MÓVIL DE METRO DE MADRID, S.A. Dicho plazo, fijado inicialmente para el 15 de marzo de 2021, queda ampliado hasta el 22 de marzo de 2021, a las 12:00 horas de su mañana”.

En relación con el presupuesto base de licitación el órgano de contratación alega que en los costes directos están incluidos el coste de la mano de obra que interviene en cada una de las operaciones objeto de cada uno de los contratos y no el coste que para la adjudicataria suponga la subrogación de todo el personal que corresponda.

Además, alega que *“La elaboración del presupuesto base de licitación ha seguido, por tanto, la doctrina que citaremos más adelante, que establece que el mismo deberá incluir el cálculo relativo a las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato y no el del número de trabajadores a subrogar.*

Por ello, el incremento del número de trabajadores a subrogar (tras la actualización del número de los mismos en fecha 12 de marzo de 2021), no produce ningún impacto en el presupuesto base de licitación, como pretende la reclamante”.

“Estos nuevos listados no suponen una variación del presupuesto base de licitación, ya que la plantilla de trabajadores que se ha tenido en cuenta para calcular dicho presupuesto es la necesaria para la prestación del servicio que se desea contratar. El servicio licitado se basa en operaciones estimadas junto con un precio de referencia por operación basado en contratos previos y nuestra experiencia. Las operaciones estimadas y precio de referencia se incluyen como parte de la documentación de la licitación. Al no haberse modificado el servicio licitado no se ha variado por lo tanto el importe base de licitación.

La subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando. En este sentido, Metro de Madrid ha cumplido con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, al fijar el importe de licitación de este contrato, pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente. Metro de Madrid desconoce las productividades que puedan obtener tanto las empresas que actualmente prestan el servicio como de las empresas oferentes como consecuencia por ejemplo de los recursos técnicos o medidas organizativas que utilicen al igual que desconoce los absentismos e indisponibilidad de las personas que realizan el servicio actualmente.

No puede estimarse que el coste del contrato deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato deberán ser gestionadas por los nuevos adjudicatarios. Metro de Madrid no asume el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata”.

Finalmente, en apoyo de sus pretensiones, cita una extensa doctrina con referencia a informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y Resoluciones de distintos Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

Efectivamente tal y como alega el órgano de contratación existe una extensa

doctrina en relación con esta cuestión, sobre la que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones.

Así podemos citar entre otras la Resolución 337/2018: “(...) *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 recurso 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. (...)*” y la Resolución 137/2019 “(...) *Por otra parte, como recuerda el órgano de contratación en su informe, este Tribunal ha manifestado en anteriores Resoluciones 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. 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 impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.*

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP 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, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad pero no determinan directamente el cálculo del coste del 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 el mismo sentido se pronuncia recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 1/2021 de 18 de febrero. “(...) Son diversos los preceptos de la LCSP (artículos 1.3, 28.1 y 116.4.d), entre otros) que aluden a la exigencia de que las entidades del sector público tienen que hacer una valoración previa de cuáles son las necesidades reales que pretenden satisfacer mediante la contratación de las prestaciones correspondientes, así como la idoneidad del contrato, debiendo quedar todo ello justificado adecuadamente en el expediente, para asegurar una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

El órgano de contratación deberá valorar, en el momento de elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares, qué necesidades reales pretende satisfacer con ese contrato, no estando condicionado al contrato preexistente puesto que la realidad social es cambiante, pudiendo haber una mayor o menor demanda de los servicios que pretende prestar la Administración con ese contrato.

Por ello, la plantilla de trabajadores que debe tenerse en cuenta para calcular el presupuesto base de licitación es la necesaria para la prestación del servicio que se contrata, sin que el órgano de contratación esté obligado a mantener el servicio en las mismas condiciones que en ocasiones anteriores.

En el supuesto de que, al licitar un contrato, la Administración efectúe un redimensionamiento del personal existente en el anterior contrato, al considerar que no resultan precisos en el nuevo contrato todos los efectivos personales del anterior y, por tanto, el número de trabajadores a subrogar es mayor que el personal necesario para prestar el servicio objeto de licitación, el nuevo adjudicatario tiene el deber de subrogarse en la totalidad de la plantilla que comunica el contratista saliente. No obstante, una vez que los trabajadores subrogados pasen a formar

parte de la plantilla de la nueva empresa, ésta podrá adscribirlos o no al correspondiente contrato o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial.

En este sentido se pronuncia el TACP en su mencionada Resolución 189/2020: “Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. (...) no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata”.

Abunda en esta idea el TACP (Resolución 184/2020) al manifestar que “La subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1.1 de la LCSP”.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina citada, la actualización del número de trabajadores a subrogar no implica necesariamente la modificación del presupuesto base de licitación, pues éste ha de responder a cubrir el coste de la prestación del servicio que se contrata y no del personal que se subrogar.

Por ello, procede desestimar las pretensiones de la recurrente al no haberse modificado la prestación del servicio objeto de licitación.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE en relación al 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.- Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación legal de Asociaciones Federadas de Empresarios de Limpieza Nacionales (AFELIN) contra el anuncio, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales del contrato “Servicio de limpieza del material móvil del Metro de Madrid, S.A.” número de expediente 6012100048.

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 106 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la suspensión adoptada por este Tribunal mediante Acuerdo de 31 de marzo 2021.

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 59 de la LCSP.