



Recurso nº 354/2013

Resolución nº 315/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de julio de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. L.R.P. en representación de la mercantil FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (en adelante FULTON o la recurrente) contra los pliegos para la licitación de la contratación de los servicios de "*Mantenimiento integral del Centro Penitenciario de Algeciras, CIS de Algeciras y UAR del Hospital Punta Europa*" - expediente 020120130042-, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (en lo sucesivo, II.PP. o el órgano de contratación) se convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de contratación del Estado y en el DOUE, el día 20, y en el BOE el día 22 de junio de 2013, licitación para contratar, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el servicio de mantenimiento integral de los centros penitenciarios indicados. Su valor estimado es de 986.776,86 euros. El presupuesto de licitación (dos años) es de 493.388,43 euros (sin IVA). El plazo de presentación de proposiciones finalizó el día 15 de julio de 2013.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y en sus normas de desarrollo. El contrato de servicios se enmarca en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP y está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El 4 de junio se solicita de FULTON, como actual adjudicataria del servicio, "*comunicación relativa a la obligatoriedad de subrogación del personal y, en caso afirmativo, deberá aportar relación de los trabajadores que desempeñan dicho servicio,*

con expresión de la jornada realizada, la categoría, la antigüedad y, en su caso, las gratificaciones o pluses de los mismos”. El 14 de junio se remite a II.PP. la “relación del personal a subrogar...”. En la misma se detalla la “antigüedad, categoría, tipo de contrato y costes anuales incluyendo todos los pluses y gratificaciones que el convenio de aplicación del Metal de la provincia de Cádiz legalmente establece”. El coste total de la plantilla a subrogar (1 ingeniero y 6 especialistas) se cifra en 259.973,09 €/año. La relación se publica junto con los pliegos en la Plataforma de Contratación del Estado, con el título de “Relación de personal”.

La cláusula 7.4 del cuadro de características del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), se refiere al compromiso de adscripción de medios personales. Señala que, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, se requerirá al licitador propuesto como adjudicatario para que acredite disponer de los medios personales suficientes a que se hubiese comprometido en su oferta; la Administración se reserva la posibilidad de entrevistar a los candidatos presentados.

En el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) se detallan las necesidades mínimas de personal y la cualificación requerida (cláusula 5): 1 ingeniero; 1 jefe de equipo y 6 especialistas.

Cuarto. El 3 de julio, previo anuncio, FULTON presentó en el órgano de contratación escrito por el que solicita que se anulen el anuncio de licitación y los pliegos y se sustituyan por otros en que “se establezca un precio adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato”, por considerar que con la legislación laboral de aplicación y el personal subrogable indicado, los costes mínimos son superiores al presupuesto establecido.

Quinto. El 8 de julio se recibió en el Tribunal el expediente administrativo acompañado del correspondiente informe del órgano de contratación. El 17 de julio, el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurren el anuncio y los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP. La competencia para resolver este recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.1 de dicha norma.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso. La recurrente está legitimada para recurrir puesto que es la actual prestataria del servicio y, además, tiene interés en concurrir a la licitación impugnada.

Tercero Se solicita en el recurso que se modifique el presupuesto base de licitación. Considera FULTON que, el coste anual del personal subrogable es ya superior al presupuesto de licitación y, *“además del personal a subrogar (1 ingeniero y 6 especialistas) será necesario contratar a un Jefe de Equipo”*.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe manifiesta que, para la determinación del precio, se han tenido en cuenta las nuevas características del contrato pretendido, en el que, a diferencia del anterior, *“se excluye el importe correspondiente al 25% del precio, en concepto de materiales y equipos (Repuestos),... dado que los mismos se adquirirán directamente por la Administración Penitenciaria”*. También se han tenido en cuenta *“los precios de mercado deducidos del análisis de las ofertas recientes de los ejercicios 2012 y 2013 en contratos similares, al objeto de ajustar las previsiones económicas de la administración a la realidad de mercado”*. Considera, además, que no se da el supuesto de sucesión de empresa ni se establece en los pliegos obligación de subrogación de los trabajadores.

Cuarto. La cuestión de fondo a considerar es si existe obligación de subrogación y, en tal caso, si el precio de licitación ha tenido en cuenta tal obligación.

En cuanto a la obligación de subrogación, el artículo 120 del TRLCSP, dispone 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”.

La obligación de subrogación, en su caso, tiene su origen en la normativa laboral de aplicación con independencia de que los correspondientes pliegos así lo prevean o no. Pero, cuando exista esa subrogación, lo que impone el transcrito artículo 120 al órgano de contratación es la obligación de informar a los licitadores sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados.

En la licitación impugnada, como se indica en el antecedente tercero, se ha facilitado la información relativa a las personas que están prestando el servicio, aunque de los pliegos no se deduce que haya ninguna obligación de subrogación derivada de la normativa laboral de aplicación. Antes bien, de lo dispuesto en la cláusula 7.4 del cuadro de características del PCAP, también resumida en el citado antecedente, se deduce más bien lo contrario.

En cuanto a la referencia de la recurrente al alcance del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la contratación administrativa, este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas resoluciones, entre las más recientes, en la Resolución 156/2013, de 18 de abril, donde se indica que esa disposición no es aplicable a supuestos como el del contrato impugnado *“pues no existe una subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria”*.

Por su parte, en el “Convenio colectivo de la pequeña y mediana industria del metal de la provincia de Cádiz”, el artículo 43 que cita la recurrente, se refiere a la subrogación del personal de mantenimiento en las contrataciones de empresas del ámbito del convenio, en los siguientes términos:

“ARTICULO 43.- PERSONAL DE CONTRATAS-SUBROGACION

*Sólo y exclusivamente en el caso del personal de mantenimiento o limpieza industrial de una contrata de empresa principal, en el caso de que dicha contrata cese en la adjudicación de los servicios contratados, por terminación del contrato mercantil concertado al efecto, **la nueva empresa adjudicataria estará obligada a contratar a partir de la fecha del inicio efectivo de la prestación de los servicios, excepto sus mandos intermedios, a los trabajadores de la contrata que haya cesado**, en los que concurran los siguientes requisitos:*

- a) Que hubieran sido contratados por la contrata saliente como personal fijo, o bajo la modalidad de contrato por obra o servicio determinado para atender las exigencias del contrato mercantil extinguido.*
- b) Que realicen sus actividades en la empresa principal durante un período mínimo de seis meses antes de la finalización del contrato mercantil.*
- c) Trabajadores que en el momento del cambio se encuentren enfermos, accidentados o con excedencia forzosa,...*

La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que se vinculan: la empresa cesante, sus trabajadores y la nueva adjudicataria. No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiera el mismo por un periodo inferior a un mes, dicho personal, con todos sus derechos, causará alta en la nueva empresa.

- d) En los casos en que se produzca una subrogación empresarial y dentro del personal afectado por la misma, existan trabajadores vinculados por contrato de interinaje (maternidad o enfermedad)...*

- e) Las condiciones salariales de aplicación serán los devengados por el trabajador en el sexto mes anterior al cambio de empresario, añadiendo las revisiones salariales que, en su caso, procedan por aplicación del presente convenio.*

La contrata saliente deberá facilitar a la nueva adjudicataria, con un plazo mínimo de antelación de 15 días hábiles, la relación de los trabajadores en los que concurran los requisitos antes mencionados.

La nueva adjudicataria comunicará a la representación de los trabajadores de la contrata saliente y de su empresa, los trabajadores a los que se les ofrecerá la contratación en esta nueva empresa.

En caso de que la contrata saliente incumpla la obligación establecida en el párrafo anterior, quedará obligada al abono de los salarios e indemnizaciones que correspondan”.

Por tanto, en la normativa laboral de aplicación (convenio colectivo) se establece, en síntesis, que la nueva titular de la contrata está obligada a contratar a los trabajadores de la empresa saliente, excepto mandos intermedios y aplicar las condiciones salariales que tuvieran.

La cuestión, por tanto, es si el importe del presupuesto de licitación se ha estimado correctamente, atendiendo al precio general de mercado o, como entiende la recurrente, *“es insuficiente para el efectivo cumplimiento del contrato, habida cuenta de que sólo el coste del personal en cuyos contratos laborales se deberá subrogar la nueva adjudicataria”*, es superior al presupuesto de licitación.

Quinto. Como ya hemos señalado en numerosas resoluciones, al fijar el presupuesto de un contrato hay que partir del principio de eficiencia y de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto. Así lo establece el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que la regulación de la contratación tiene por objeto, entre otros, el de *“...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos...”*.

De acuerdo con este objetivo de control del gasto hay que interpretar el artículo 87 del TRLCSP cuando indica que *“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”*.

Como hemos recordado en otras resoluciones (como referencia, en la Resolución 66/2012, de 14 de marzo), en el artículo 87 *“no se impone a la Administración un «suelo» consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir*

ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado, en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que, lejos de encontrarnos con un «suelo», nos encontramos con un «techo» indicativo”.

Como también indicábamos en la citada Resolución, “La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones 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”.

Aunque el artículo 87 no define cómo se calcula el presupuesto de licitación, en el artículo 88.5, relativo al cálculo del valor estimado, sí se precisa que:

“5. En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes...”

En este caso, el precio del contrato se ha obtenido *“por tanto alzado”* (cláusula 14.1 del Cuadro de características del Pliego de cláusulas administrativas particulares) y, según el informe del órgano de contratación, se han tenido en cuenta las bajas medias en contratos de mantenimiento de otros centros penitenciarios -en torno al 18% de baja- y las menores prestaciones requeridas, pues, de acuerdo con la cláusula 6.2 del PPT, los repuestos ya no son a cargo del contratista, sino de la Administración penitenciaria.

En la licitación, finalmente, se han presentado dos empresas, entre ellas la recurrente, por lo que, en principio, se podría suponer que, puesto que los licitadores disponen de la

información necesaria para realizar su oferta, el precio de licitación es suficiente para la prestación del servicio.

En particular, sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, ya señalábamos en la Resolución 66/2012 que *“si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato”*.

En este caso, aún con los cambios producidos en la legislación laboral, el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, en particular, en relación con el presupuestado en el contrato anterior, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente.

Sexto. Respecto al contrato anterior, se ha disminuido el nivel de prestaciones exigido:

- En cuanto al personal, aunque se exige un técnico especialista más, no se requiere un administrativo, ni un equipo de asistencia técnica para apoyo en la realización de estudios, informes y proyectos (cláusulas 4.1.2.2 y 4.1.2.3 del PPT del contrato anterior). Por tanto, hay una disminución del personal requerido.
- En el contrato anterior, se consideraba la aportación, por el adjudicatario, de equipos para las instalaciones a mantener, que se comprometía a tener en stock, sin coste alguno para la Administración (cláusula 5.1.4 del PPT).
- Respecto a los repuestos, la cláusula 2.2 del Cuadro de características del PCAP (y 5.2 del PPT) del contrato anterior establecía que el importe anual que alcanzaría el suministro de dichos repuestos por parte del adjudicatario sería de hasta un 25% del total del importe de adjudicación. En el PPT del contrato impugnado (cláusula 6.2) la adquisición corre a cargo de la Administración Penitenciaria.

Para determinar el presupuesto de licitación del nuevo contrato se han tenido en cuenta las tablas salariales del convenio colectivo y se han tomado en consideración los cambios indicados en el nivel de prestaciones requerido, en particular, la disminución del coste del contrato derivada del cambio en el sistema de adquisición de los repuestos (antes a cargo del contratista; ahora a cargo de la Administración).

Se pasa de un importe de adjudicación del contrato anterior -cuya resolución de adjudicación se ha incorporado de oficio al expediente por este Tribunal- de 631.105,01 € (sin IVA), a un presupuesto de licitación de 493.388,43 €. Es decir, hay una disminución del 21,8%, plenamente justificada a la luz de la disminución de prestaciones exigida.

En consecuencia, no procede admitir las alegaciones del recurrente referidas al precio de licitación, en cuanto que el órgano de contratación ha atendido a las condiciones del mercado y, en particular, al precio del contrato anterior, con las modificaciones derivadas de las menores prestaciones exigidas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. L.R.P. en representación de la mercantil FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. contra los pliegos para la licitación de la contratación de los servicios de *“Mantenimiento integral del Centro Penitenciario de Algeciras, CIS de Algeciras y UAR del Hospital Punta Europa”*.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.