

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía la firma auténtica y, para evitar el acceso a datos personales protegidos, se ha ocultado el/los código/s que permitiría comprobar el/los original/es.

Recurso nº 18/2024
Resolución nº 39/2024

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 1 de febrero de 2024, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Mitie Facilities Services, S.A.U., contra la Orden del Consejero de Vivienda, Transportes e Infraestructuras, de 19 de diciembre de 2023, por la que se aprueba la Modificación del contrato de Servicio de Limpieza, Desinfección, Desinsectación y Desratización de las dependencias de la Consejería de Transportes e Infraestructuras, número de expediente A/SER-006412/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 23 de octubre de 2023, se suscribió el contrato denominado Servicios de Limpieza, Desinfección, Desinsectación y Desratización de las Dependencias de la Consejería de Transportes e Infraestructuras, entre la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid y la recurrente, al objeto de ejecutar los trabajos de limpieza, desinfección, desinsectación y desratización de las siguientes dependencias e instalaciones: C/ Orense, 60, de Madrid; C/ Orense, 58, de Madrid; C/ Maudes, 17, de Madrid y Laboratorio de Control de Calidad, en carretera de Castilla s/n, 28023, Madrid, por

un plazo de ejecución de 24 meses y un importe de 745.916,73 euros, más un IVA de 156.642,51 euros, iniciándose la ejecución al día siguiente de la firma.

El contrato se licitó por un valor estimado de 1.909.964,17 y un presupuesto base de licitación de 868.165,53 euros, más el correspondiente IVA.

Segundo.- El 8 de noviembre de 2023, el órgano de contratación dicta orden de inicio del procedimiento de modificación del contrato, notificada ese mismo día a la ahora recurrente, que manifiesta su conformidad en la misma fecha.

El 17 de noviembre se dicta orden de corrección de error aritmético en la Orden de inicio de 8 de noviembre de 2023, que fue a su vez notificada al contratista en fecha 20 de noviembre de 2023, prestándose nuevamente conformidad de la recurrente.

El 4 de diciembre de 2023, fuera del plazo de alegaciones concedido en el trámite de audiencia, la recurrente presenta escrito solicitando el incremento del precio con el coste de antigüedad del personal subrogable y demás costes asociados. Dichas alegaciones fueron resueltas por el órgano de contratación en el siguiente sentido:

“El artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Las alegaciones de referencia se presentaron el 4 de diciembre de 2023, una vez finalizado el segundo trámite de audiencia del procedimiento, que fue cumplimentado por esa entidad mediante escrito de 20 de noviembre de 2023 en el que, al igual que en el primer trámite de audiencia mediante escrito de

fecha 8 de noviembre de 2023, manifestaba su conformidad con el expediente de modificación en las condiciones indicadas.

Por tanto, las alegaciones de 4 de diciembre fueron presentadas fuera del periodo permitido y no pueden ser tenidas en cuenta en el expediente”.

Mediante Orden de 19 de diciembre de 2023, se aprueba la modificación del contrato consistente en incluir en el objeto del contrato original, las nuevas sedes adscritas a la Consejería (Avenida de Asturias 28 y 30, calle Marcelina 10 y 12 y Calle Braganza s/n) como consecuencia de la reestructuración orgánica derivada del Decreto 38/2023, de 23 de junio, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 76/2023, de 5 de julio, por el que se establece la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, a partir del 1 de enero de 2024.

Como consecuencia del modificado, el precio del contrato se incrementa en la cantidad de 179.511,05 euros (base imponible: 148.356,24 euros y 21% de IVA: 31.154,81 euros), con la siguiente distribución de anualidades:

- 2024: 90.497,37 euros
- 2025: 89.013,68 euros

La Orden de aprobación del modificado fue notificada el 19 de diciembre de 2023, requiriéndose a la recurrente para su firma el día 20 del mismo mes.

El 22 de diciembre de 2023, se publica dicha Orden en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid.

Estando prevista como fecha de inicio de la modificación el 1 de enero de 2024, informa el órgano de contratación que la prestación del servicio en las nuevas sedes no se ha iniciado por parte de MITIE.

Tercero.- El 11 de enero de 2024, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Mitie Facilities Services, S.A., en el que solicita la nulidad de la Orden de 19 de diciembre de 2023, por la que se aprueba el Modificado del contrato. Solicita asimismo la suspensión de la tramitación del expediente de modificación.

El 16 de enero de 2024, el órgano de contratación remitió 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).

Cuarto.- Este Tribunal entra directamente a la resolución del fondo del asunto, sin necesidad de adopción de medidas cautelares.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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.- De conformidad con lo establecido en 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica adjudicataria del contrato que pretende modificarse, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las*

decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 19 de diciembre de 2023, practicada la notificación el mismo día, publicado en el Portal de Contratación el 22 de diciembre de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 11 de enero de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la modificación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por entender la recurrente que se ha incumplido lo establecido en el artículo 204 de la LCSP, pues supera el 20% del precio inicial permitido. El acto es por tanto recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.d) de la LCSP, disponiendo este apartado 2.d) que *“Podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación las siguientes actuaciones:*

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”.

Quinto.- La controversia suscitada entre las partes se centra en que, a juicio de la recurrente, la modificación aprobada vulnera las previsiones del artículo 204 de la LCSP, al superar el 20% del importe del contrato, pues no se han incluido los costes de antigüedad, de forma que la prestación objeto de la modificación debiera haber sido objeto de una nueva licitación. Y, a juicio del órgano de contratación, no se supera ese umbral, pues las listas de personal a subrogar no determinan el cálculo del coste del contrato, lo cual es aplicable no sólo al contrato inicial, sino asimismo a su modificación.

Sostiene la recurrente que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la licitación recogía los costes laborales, estableciendo el apartado 4 de

la Cláusula 1ª el coste de cada trabajador y sus costes salariales, incluyendo específicamente la partida correspondiente a antigüedad, al señalar:

“El coste de cada trabajador según dicho convenio se calcula como sigue:

(...)

Antigüedad: Se abonará un complemento personal por antigüedad consistente en trienios del 4 por 100 del salario base”.

Asimismo, continua señalando, se recogió expresamente la tabla correspondiente al coste de antigüedad del personal subrogable.

Sin embargo, la propuesta de modificación realizada por el órgano de contratación, que es quien tenía acceso a la información proveniente del adjudicatario anterior, no recogía el coste de antigüedad entre los costes salariales; propuesta a la que la recurrente dio su conformidad en trámite de alegaciones por entender que eran los costes correctos comunicados por la empresa saliente.

Con posterioridad, la recurrente se puso en contacto con la empresa saliente, la cual comunicó que en la información trasladada al órgano de contratación sí se incluyeron tales costes.

Ante tal circunstancia, fuera del plazo de alegaciones y antes de concluir la tramitación del modificado, solicitó expresamente al órgano de contratación la corrección del presupuesto, a efectos de incorporar partidas legalmente obligatorias, que no fueron tenidas en cuenta.

Concluye, por tanto, que la incorporación de la partida de antigüedad al precio base de modificación, que suponía un incremento del 19,89%, hubiera determinado la superación del umbral del 20%, por ascender al 24,88% y la necesidad de una nueva licitación.

El órgano de contratación, por su parte, señala que la antigüedad del personal a subrogar se tuvo en cuenta en el contrato principal porque coincidían las horas de prestación del servicio necesarias establecidas en el pliego con el servicio que venía prestando el personal a subrogar; sin embargo, en la tramitación de la modificación, el horario de servicio desempeñado por el personal a subrogar aportado por la empresa saliente era mucho más amplio que el exigido en el servicio prestado a través de la modificación.

Señala diversas resoluciones de este Tribunal que determinan que las listas de personal a subrogar informan del personal incluido y su antigüedad, pero no determinan el cálculo del coste del contrato, pues la subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla a la nueva contrata, pues el presupuesto de licitación ha de responder al coste de la prestación del servicio que se contrata y no el del personal que se subroga.

Añade, por último, que se solicitó a la empresa saliente la relación del personal a subrogar, que fue trasladada a la recurrente en fecha 20 de octubre de 2023, con los cálculos de antigüedad efectuados, por lo que la recurrente era conocedora de la información cuando prestó su conformidad a las condiciones del modificado, e incluso cuando firmó el contrato principal, pues este se firmó el 23 de octubre de 2023.

A efectos de resolver la controversia, debe apuntarse que se señala en la Propuesta de modificación del contrato que su objeto se centra en la inclusión de nuevas sedes adscritas a la Consejería (Avenida de Asturias 28 y 30, calle Marcelina 10 y 12 y Calle Braganza s/n) como consecuencia de la reestructuración orgánica derivada del Decreto 38/2023, de 23 de junio, y que se tramita al amparo del apartado 22 de la cláusula 1, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que contempla la posibilidad de modificar el contrato *“como consecuencia de las futuras reestructuraciones orgánicas, acordadas mediante Decreto de Consejo de Gobierno. Este supuesto engloba la modificación de la adscripción de dependencias, transferencias de gestión de centros e inclusión de nuevos edificios adscritos”*. En

cuanto a su alcance y, al amparo del artículo 204 de la LCSP, determina esta cláusula que las modificaciones podrán afectar como máximo a un 20% del precio del contrato, tanto por incremento como por disminución.

La propuesta de modificación incluía el desglose de las nuevas edificaciones, con su superficie construida total, el horario por categoría profesional de cada una de las nuevas sedes y el incremento del gasto que suponía la modificación, que ascendía a 148.356,25 euros, IVA excluido, lo cual suponía un incremento del 19,89% respecto al precio inicial. En dicha Propuesta se determinaban los costes salariales anuales por categoría profesional y en función de las horas de prestación necesarias para cada una de ellas. A estos costes salariales se le sumaban otros costes directos, además del porcentaje de gastos generales y beneficio industrial. A la suma total de costes se le restaba el importe de baja ofertado por la recurrente para la licitación del contrato que se modifica.

De este modo, considera este Tribunal, en un supuesto como el que nos ocupa, la modificación de un contrato en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forma parte del precio, que la propuesta de modificación consideraba dichos costes a efectos de determinación del precio de la modificación, no siendo además controvertida la aplicación del convenio de referencia.

Esta propuesta fue trasladada a la recurrente, al igual que lo fue la propuesta de corrección del error aritmético, concediéndose en ambos casos trámite de audiencia y prestándose conformidad por parte de la recurrente.

Por lo que se refiere a la omisión de inclusión de los costes de antigüedad alegada por la recurrente, este Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones, prueba de ellos son las resoluciones referidas en el informe del órgano de contratación (337/2018 y 137/2019) y las que se señalan a continuación, que el presupuesto de los contratos cuando hay personal subrogable no se fija por el coste

del mismo, sino por las necesidades de la Administración y que es la prestación la que determina la oferta y no la obligación de subrogación.

Así en Resolución 524/2021 de 8 de noviembre, señalábamos: “A estos efectos cabe recordar cómo ha manifestado este Tribunal 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 a contratar puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. Como apuntan en sus alegaciones tanto el Ayuntamiento como el adjudicatario, 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 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, 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. Lo que no es óbice para que, si bien el principio general es que la Administración ha de ser ajena a las disposiciones de los convenios colectivos que rigen en el sector de la actividad objeto de la licitación, puesto que no es parte de los mismos, en aquellos contratos de servicios en los que el coste fundamental es el personal que ha de adscribirse a su ejecución, como es el caso, el órgano de

contratación ha de tener como referencia necesaria los salarios y remuneraciones derivadas del correspondiente convenio colectivo a la hora de calcular el precio de licitación. Por tanto, la justificación de los costes laborales ha de atender al personal necesario para la realización de la prestación a contratar sin que suponga irregularidad ni incongruencia que no coincida con los costes contemplados en el listado del personal objeto de subrogación, sin perjuicio de la obligación impuesta al adjudicatario de subrogarse como empleador en los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación, dándose en el presente caso la circunstancia de que el adjudicatario es el contratista anterior, y que justifica debidamente las contrataciones y las bonificaciones que aplica por nueva contratación y por integración laboral de personas con discapacidad sin incluir costes de indemnización al no proceder a despido de personal”.

Por su parte, la Resolución 189/2020 de 13 de agosto, recoge: “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”.

En consecuencia con lo anterior no puede entenderse vulnerada la previsión del artículo 204 de la LCSP, como pretende la recurrente. La tramitación de la modificación del contrato se realizó conforme a lo preceptuado por el artículo 203.2.a) de la LCSP, conteniendo la propuesta de modificación el desglose de los costes salariales, ascendiendo el importe total a un porcentaje inferior al 20%, previsto como límite en el artículo 204 de la LCSP y habiendo sido esta trasladada a la recurrente, y prestada su conformidad.

Procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Mitie Facilities Services, S.A.U., contra la Orden del Consejero de Vivienda, Transportes e Infraestructuras, de 19 de diciembre de 2023, por la que se aprueba el Modificado del contrato de Servicio de Limpieza, Desinfección, Desinsectación y Desratización de las dependencias de la Consejería de Transportes e Infraestructuras, número de expediente A/SER-006412/2023.

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 multa 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 artículo 59 de la LCSP.

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO
Fecha: 2024.02.05 16:33
EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL