



Recurso nº 19/2011

Resolución nº 15/2011

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

En Madrid, a 1 de junio de 2011.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.L.F., como apoderado de la empresa Ombuds Servicios S.L, contra el Decreto de 31 de marzo de 2011 de la Concejal Delegada de Economía y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, por la que se adjudica a la recurrente el contrato CON 57/2010 denominado “Servicio de Atención Telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 13 de diciembre de 2010, de la Concejal Delegada de Economía y Participación Ciudadana, se dispone la apertura de la licitación del contrato de “Servicio de atención telefónica en el Ayuntamiento de San



Comunidad de Madrid

Sebastián de los Reyes”, con un presupuesto base de licitación de 154.237,28 € y un IVA repercutido de 27.762,70 €, procediéndose a su publicación en el B.O.C.M. el 7 de enero de 2011.

No figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares, obligación alguna, ni general ni particular, para la empresa contratista relativa a la necesidad de asumir a los trabajadores que venían desempeñando tal servicio en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Presentadas las ofertas correspondientes y celebrada la licitación, con fecha 2 de marzo de 2011, la Mesa de Contratación propone la adjudicación del contrato a la empresa Ombuds Servicios S.L, por un precio de 120.582 € y un IVA repercutido de 21.704,76 €, propuesta en la que no consta tampoco obligación alguna en relación con la subrogación de los trabajadores que venían desempeñando el servicio, requiriéndosele el día 8 de marzo para proceder a aportar la documentación pertinente conforme al artículo 135 de la LCSP, sin que tampoco en esta ocasión se ofreciera la información antes indicada.

Mediante Decreto de la Concejal de Economía y Participación ciudadana de fecha 31 de marzo de 2011, a la vista de la propuesta de resolución emitida por la Mesa de Contratación, se adjudica el contrato a Ombuds Servicios S.L, señalándose en este Decreto que *“Conforme a lo dispuesto en el vigente Convenio Colectivo del sector de Contact Center, de aplicación obligatoria a todo el territorio del Estado Español, y al que se someten los trabajadores de este sector, la empresa adjudicataria queda obligada a la subrogación de las 4 trabajadoras que actualmente desempeñan el servicio objeto del contrato en este Ayuntamiento, en las condiciones previstas en el citado convenio colectivo.”*, insertándose dicha adjudicación en el BOCM de 29 de abril de 2011.



Comunidad de Madrid

Consta que la anterior resolución se notificó al recurrente y al resto de las empresas licitadoras mediante correo electrónico el día 6 de abril de 2011, incorporándose al expediente el documento contractual sin firmar, fechado el 12 de abril, en cuya cláusula cuarta se establece la obligación de Ombuds Servicios S.L de subrogación de las cuatro trabajadoras que venían desempeñando el servicio, cuya relación nominal y condiciones laborales, constan incorporadas al expediente administrativo, mediante correo electrónico que se envía al adjudicatario y a las licitadores el día 15 de abril de 2011.

Segundo.- El 14 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, anuncio previo de interposición del recurso especial en materia de contratación, que consta interpuesto el mismo día 14, contra el Decreto de la Concejal de Economía y Participación ciudadana de fecha 31 de marzo de 2011, por el que se adjudica el contrato a la empresa Ombuds Servicios S.L, notificado el día 6 de abril, en el que tras alegar lo que consideró conveniente a su derecho, la recurrente solicita que se anule el indicado Decreto y se dicte nueva resolución en la que adjudicándose el contrato al mismo licitador no se incluya mención alguna a la obligación del contratista de subrogar a las 4 trabajadoras que actualmente desempeñan el servicio objeto del contrato en este Ayuntamiento.

Tercero.- Con fecha 24 de mayo de 2011, se recibe en este Tribunal el expediente remitido por el órgano de contratación acompañado del preceptivo informe a que se refiere el artículo 316.2 de la LCSP.

Cuarto.- Si bien la resolución del recurso especial en materia de contratación y por ende la realización de todos sus trámites corresponde a este Tribunal, consta en el expediente que el día 29 de abril de 2011 se concede trámite de audiencia al resto de las contratistas en relación con el recurso presentado por la adjudicataria, por lo que en aras a la celeridad y economía procedimental no procede reproducir este trámite de nuevo ante este Tribunal, al no haberse incorporado al expediente ningún



Comunidad de Madrid

documento nuevo, sin perjuicio del informe exigido por el artículo 316 de la LCSP, cuyo desconocimiento pudiera generar indefensión a los interesados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo consta, que antes de la interposición del recurso especial el órgano de contratación comunicó a las empresas licitadoras que Ombuds Servicios SL había manifestado la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos ofertados con el fin de que el objeto del contrato fuera asumido por la siguiente mejor licitadora en el procedimiento de contratación e indicándose en este momento la obligación de subrogación de las 4 trabajadoras.

Quinto.- En el informe remitido con el expediente por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, se solicita el levantamiento de la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la LCSP, que fue desestimada por este Tribunal mediante acuerdo adoptado por el Pleno en sesión de 25 de mayo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Ombuds Servicios SL para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Segundo.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de la LCSP el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de *“quinze días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*, de manera que, habiéndose



Comunidad de Madrid

notificado la adjudicación del contrato a la recurrente el día 6 de abril de 2011 el recurso presentado el día 14 de abril se presentó en plazo.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación del contrato contra el Decreto de la Concejal de Economía y Participación ciudadana de fecha 31 de marzo de 2011, por el que se adjudica el contrato a la empresa Ombuds Servicios S.L que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 310. 2. c) de la LCSP.

Por otro lado, si bien en el expediente de contratación no se hace referencia a esta cuestión y consecuentemente el pliego no fue publicado en el DOUE, el contrato objeto del presente es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Con carácter previo y a efectos ilustrativos debe señalarse que conforme a lo indicado en el informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado *“el valor estimado del contrato debe figurar en el expediente de contratación a efectos de poder determinar si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada y, en su caso, qué procedimiento de adjudicación debe seguirse. Sin embargo, la determinación del documento concreto en que dicho valor deba figurar no es función concreta de la Junta, pues, evidentemente, ante la falta de una disposición que lo establezca, basta con señalar que deberá figurar en alguno de los documentos que se incorporan al expediente de contratación, a fin de que se pueda proceder a la fiscalización previa y a la posterior aprobación del expediente (artículos 93 y 94 de la LCSP).”*

Efectivamente el contrato pertenece a la categoría 5 del Anexo II de la LCSP, tratándose en concreto de un contrato de “Servicio telefónico y de transmisión de datos” (CPV 64210000-1), teniendo un valor estimado superior a 193.000 € como exige artículo 16.1.b) de la LCSP, ya que el precio anual del contrato es de 77.118,64 € y este tiene una duración de dos años, con previsión de prórroga por otros dos años (punto 6 del anexo del pliego de cláusulas administrativas



Comunidad de Madrid

particulares). En este punto el artículo 76 de la LCSP señala que para el cálculo del importe total estimado de los contratos deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. En el mismo sentido el artículo 195 del c) del Real Decreto 1098/01, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, establece respecto de los contratos de servicios *“En los contratos en que no se especifique su presupuesto base de licitación su valor estimado se calculará de acuerdo con los siguientes criterios:*

1.º Cuando los contratos sean de duración determinada, el valor del contrato será el importe total de las prestaciones durante ese período, incluidas sus posibles prórrogas.

Sentado lo anterior y considerando cuatro años de servicio a 77.118,64 € cada uno, el valor estimado del contrato ascendería a 308.474,56 €, por lo que, como más arriba señalábamos, estaría sujeto a regulación armonizada.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Respecto de los motivos concretos esgrimidos por el recurrente para fundamentar su pretensión de anulación del acto de adjudicación recurrido se afirma que con la adjudicación recurrida se está vulnerando lo dispuesto en los artículos 99.2, 104 de la LCSP, y los principios de transparencia y libre concurrencia en la licitación establecidos en la normativa de contratación pública, al desconocer el adjudicatario la obligación de subrogación impuesta, así como el coste de la misma a efectos de calcular su oferta.



Comunidad de Madrid

Por su parte el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes manifiesta, en síntesis, en el informe que acompaña al expediente, que la obligación de subrogación está dispuesta en una norma de obligado cumplimiento y por tanto no era necesaria su expresión en el pliego para que tuviera fuerza de obligar para el adjudicatario.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio de atención telefónica en el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, se deriva del artículo 44 del ET *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*, que a su vez encuentra su plasmación concreta en el artículo 18 del convenio colectivo del sector publicado en el BOE de 20 de febrero de 2008.

Sin necesidad de extendernos en esta materia, los convenios colectivos de ámbito sectorial tienen una doble naturaleza siendo al mismo tiempo, contrato y norma. Contrato por sus orígenes, pero norma por sus efectos y por su finalidad de regular condiciones de trabajo, con fuerza vinculante para todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de que hayan participado o no en la negociación del mismo. En esto se diferencia el contenido normativo del obligacional, pues el obligacional tan sólo vincula a los negociadores y signatarios del mismo. Por lo tanto tiene naturaleza normativa.

Es cierto que aplicando *mutatis mutandi* lo señalado por el Tribunal Constitucional para la redacción de las Leyes en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto RTC 1983, 76, *“No es técnicamente correcto transcribir en las Leyes los*



Comunidad de Madrid

preceptos constitucionales”, de manera que tampoco se aprecia como correcto reproducir en los pliegos por los que se ha de regir la contratación el contenido de disposiciones normativas ya que su transcripción además de superflua puede ser equívoca.

En este caso tal y como afirma el Ayuntamiento en su informe no es preciso que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior estuviera recogida con carácter general en los pliegos.

Ahora bien, qué duda cabe que, si bien no es preciso recoger las obligaciones legales en los pliegos, no lo es menos que los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y que no se les puede obligar a asumir obligaciones- por más que sean obligaciones legales,- cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formular sus ofertas. A ello tiende el artículo 104 de la LCSP, cuando establece 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.”*

En el caso objeto de estudio resulta palmario el incumplimiento de la anterior obligación en tanto en cuanto tal y como se ha indicado en el relato fáctico de la presente resolución, no consta comunicación alguna de esta obligación, de la existencia de trabajadores que vinieran desempeñando este servicio con



Comunidad de Madrid

anterioridad, ni de su número, ni de sus condiciones de trabajo, hasta la notificación del decreto de adjudicación, y la incorporación de tal información concreta al expediente el 15 de abril de 2011, lo que determina la imposibilidad de cumplir la oferta en sus propios términos, provocada por la propia Administración convocante.

Sexto.- Sentado lo anterior debe plantearse cuál debe ser el efecto de dicho incumplimiento, en relación con la suerte del contrato adjudicado.

A este respecto el recurrente solicita que se dicte una nueva resolución en la que adjudicándose el contrato al mismo licitador, no se incluya mención alguna a la obligación del contratista de subrogar a las 4 trabajadoras que actualmente desempeñan el servicio objeto del contrato, ni se incorpore obligación alguna para el contratista respecto de dichas trabajadoras.

Si bien este Tribunal ha considerado la nulidad de la adjudicación del contrato en los términos más arriba indicados, lo cierto es que tal pretensión del recurrente no puede seguir la misma suerte estimatoria.

Efectivamente, no puede este Tribunal avalar el incumplimiento de las disposiciones que en materia laboral establecen la subrogación de los trabajadores, por la circunstancia de que el Ayuntamiento no haya recogido previsión alguna al respecto en los pliegos, puesto que de generalizarse este comportamiento supondría de facto un modo de eludir la normativa laboral, con solo no establecer cuestión alguna al respecto en las licitaciones públicas.

En este caso debe considerarse que la nulidad del acto de adjudicación deriva de la nulidad de los pliegos, por infracción de lo dispuesto en el artículo 104 de la LCSP.



Comunidad de Madrid

Por otro lado le es dado a este Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317.2 del mismo texto legal, dentro del ámbito del principio de congruencia que preside sus resoluciones, pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de los elementos discriminatorios contenidos en los pliegos, - y por ende de la inclusión de aquellos aspectos que necesariamente deben constar en los pliegos, como es en este caso la información a que se refiere el artículo 104 de la LCSP, - así como sobre la retroacción de actuaciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 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, en la fecha del encabezado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Don J.L.F., como apoderado de la empresa Ombuds Servicios S.L, contra el Decreto de 31 de marzo de 2011 de la Concejal Delegada de Economía y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, por la que se adjudica a la recurrente el contrato CON 57/2010 denominado “Servicio de Atención Telefónica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes”, declarando la nulidad del mismo.

Segundo.- Declarar asimismo que procede la anulación de los pliegos de contratación por lo que había de regirse el contrato convocado, debiendo retrotraerse el procedimiento para la elaboración de unos nuevos pliegos en los que se contenga de forma expresa la obligación de subrogar a las 4 trabajadoras que



Comunidad de Madrid

venían desempeñando el servicio e informando a los eventuales licitadores de las condiciones laborales de aquéllas.

Tercero.- Levantar el mantenimiento de la suspensión automática acordada por este Tribunal el 25 de mayo de 2011.

Cuarto.- 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Quinto- 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 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 319 de la LCSP.