



Recurso nº 1038/2015 C.A. Illes Balears 69/2015

Resolución nº 1029/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 06 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D^a Patricia Usón Jaeger en representación de FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L. (en adelante FRESENIUS), contra la resolución de desistimiento del contrato dictada por el Sr. Director General del Servicio de Salud de 24 de agosto de 2015, en el expediente de contratación número SSCC PA 120/15, para la contratación del "*Servicio de hemodiálisis en Centro de Diálisis extrahospitalario (CD), para usuarios derivados por el Servicio de Salud de las Illes Balears*", el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Servicio de Salud de las Illes Balears (en lo sucesivo, órgano de contratación) convocó licitación para contratar, por el procedimiento abierto, el servicio de hemodiálisis en centro de diálisis extrahospitalario. Los anuncios se publicaron en el DOUE y en el BOE los días 27 y 30 de junio de 2015, respectivamente. El valor estimado del contrato para los dos lotes en que se divide, se cifra en 38.746.400,00 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato de servicios (CPV 85141000) se clasifica en la categoría 25 del anexo II del TRLCSP.

Tercero. Con fecha 24 de agosto de 2015, el órgano de contratación adoptó la decisión de desistir del procedimiento de referencia, ordenar el inicio de un nuevo expediente de contratación, y disponer la conservación de todos los actos y trámites realizados en el



procedimiento hasta el momento anterior al de incorporar al expediente de contratación los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que han de regir el contrato.

Cuarto. Con fecha 11 de septiembre, la empresa licitadora FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., interpuso, previo el preceptivo anuncio, recurso especial en materia de contratación contra la mencionada resolución.

Quinto. La Secretaría del Tribunal solicitó del órgano de contratación informe sobre el recurso que fue emitido con fecha 1 de octubre de 2015 y en el que se concluye que procede estimar el recurso.

Sexto. Con fecha 13 de octubre de 2015, este Tribunal ofreció al resto de los licitadores la posibilidad de formular alegaciones, habiéndolo hecho la licitadora DIAVERUM SERVICIOS RENALES, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Illes Balears, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. Se impugna la resolución de desistimiento de un contrato de servicios de valor estimado superior a 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.b) y 40.2 b) del TRLCSP.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso. La legitimación activa de la empresa recurrente viene otorgada por su condición de licitadora en el contrato.

Cuarto. Constituye el objeto de este recurso la resolución del órgano de contratación de desistir del contrato. En efecto, la resolución impugnada expresa que “durante el plazo de presentación de ofertas y a raíz de consultas realizadas por las empresas interesadas, el órgano de contratación ha detectado que no se ha facilitado información respecto del



personal que se encuentra actualmente prestando el servicio. Señala que la cláusula 24.6 del PCAP ordena lo siguiente:

“24.6.- En los casos en que así lo exija la normativa vigente, el contratista tendrá la obligación de subrogarse como empleador en las relaciones laborales de los trabajadores. La relación y las condiciones laborales de estos trabajadores se detallan en el documento anexo a este Pliego.

Cuando se produzca esta subrogación, el contratista deberá proporcionar al órgano de contratación, a requerimiento de éste o, en todo caso, con una antelación mínima de 4 meses a la finalización del plazo de ejecución del contrato, la información relativa a la relación y las condiciones laborales de los trabajadores que deban ser objeto de subrogaciones sucesivas”.

Pues bien, subraya el órgano de contratación que cuando conoce este dato, el contrato no ha sido adjudicado, pero ha finalizado el plazo de presentación de ofertas, durante el cual se recibieron diferentes proposiciones de contratistas. Entiende que esta circunstancia impide facilitar la información antes reseñada y que dichos licitadores puedan tenerla en consideración a la hora de presentar su oferta.

El órgano de contratación se refiere al artículo 120 del TRLCSP en el que se ordena:

“Artículo 120. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

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 proporcionarla referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.



Por su parte, el artículo 155 del TRLCSP prevé, bajo la rúbrica "Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración" que:

"1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

(...)

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación".

Finalmente, con cita del artículo 44 del Estatuto de Trabajadores y transcribiendo una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 (Sala de lo Social) nº de recurso 1334/2012, entiende que procede la subrogación de la empresa adjudicataria en los contratos existentes con los trabajadores. El órgano de contratación adopta la decisión de desistir del procedimiento de referencia, ordenar el inicio de un nuevo expediente de contratación, y disponer la conservación de todos los actos y trámites realizados en el procedimiento hasta el momento anterior al de incorporar al expediente de contratación los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que han de regir el contrato.



Quinto. Por su parte, la empresa recurrente entiende que es improcedente el desistimiento del expediente por falta de información respecto del personal que se encuentra actualmente prestando el servicio, de acuerdo al apartado 24.6 del Pliego de cláusulas administrativas y al artículo 120 del TRLCSP. Entiende que no existe, en este caso, sucesión empresarial en virtud del artículo 44 del ET y de la jurisprudencia que lo aplica y que por lo tanto no concurre obligación de subrogación por parte del contratista como empleador de los trabajadores que venían prestando el servicio objeto de licitación hasta la fecha, por no estar en ninguna de las situaciones que obligan a esta subrogación. Subraya que los pliegos no contienen ninguna cláusula que obligue expresamente al adjudicatario a subrogarse en la posición del empleador en los términos previstos en el artículo 120 del TRLCSP. Así la cláusula 24.6 PCAP obliga a esta subrogación en los casos en que así lo exija la normativa vigente, remitiéndose expresamente a la legislación aplicable, esto es, a la normativa en materia laboral. Entiende que no tiene sentido desistir del contrato por falta de información de las condiciones laborales de los trabajadores que afecta a la formulación de ofertas por los licitadores en condiciones de igualdad con el actual prestador del servicio.

Sexto. La empresa licitadora DIAVERUM SERVICIOS RENALES S.L. formula alegaciones en este recurso apoyando su desestimación. Considera que la omisión del anexo con la relación de trabajadores constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, que son causa del desistimiento de este procedimiento, tal y como recoge el artículo 154.4 del TRLCSP. La no aportación con los Pliegos que rigieron la licitación de la información relativa a la relación y condiciones laborales de los trabajadores que estaban prestando el servicio ha supuesto que los licitadores no hayan podido tener en cuenta este extremo en la elaboración de sus ofertas. Afirma que la única empresa que tiene acceso a los datos de los trabajadores es la entidad que se encuentra prestando el servicio por lo que, en caso de haber decidido presentar oferta en el procedimiento de licitación, sería la única empresa que habría podido tener en cuenta la misma, circunstancia que atentaría contra los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, que exigen que dispongan por igual de la misma información para elaborar su oferta.



Sigue razonando que en “el caso de que hubiese continuado el procedimiento de licitación, existe un elevado riesgo de que, una vez finalizado y adjudicado el contrato, los trabajadores que vinieran prestando el servicio hubieran exigido al nuevo contratista su derecho a continuar en su puesto de trabajo, encontrándose éste con la obligación de asumir unos compromisos —económicos, respecto de la Seguridad Social, etc. —de los que no habría sido informado debidamente por el órgano de contratación y que no habría podido tener en cuenta al elaborar su oferta”. Concluye afirmando que “de todo lo expuesto se desprende que la falta de información preceptiva a los potenciales licitadores constituía una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, y que el órgano de contratación no tenía otra alternativa que desistir del expediente de contratación iniciado y licitar en su caso otro nuevo, en el que se subsanase la irregularidad detectada, ofreciendo de este modo a todos los licitadores no sólo la oportunidad de conocer de manera clara los criterios que el órgano de contratación tendría en cuenta para la consideración de las ofertas presentadas, sino también los compromisos que estarían obligados a asumir respecto de los trabajadores que estuviesen prestando el servicio, en caso de resultar adjudicatarios del contrato”.

Séptimo. Por último, en el informe del órgano de contratación se propone la estimación del recurso. Informa en primer lugar que, de acuerdo con la Resolución del desistimiento del órgano de contratación, las empresas NEFDIAL S.L., el HOSPITAL QUIRÓN PALMAPLANAS y AGRUPACIÓN MÉDICA BALEAR S.A. retiraron sus ofertas.

En el informe se realiza una distinción entre las categorías de subrogación legal (ex artículo 44 ET), convencional, y contractual. Subraya que, en la cláusula sexta del pliego, se establece que “para la ejecución del contrato, la empresa adjudicataria, pondrá a disposición del Servicio de Salud, como mínimo, un centro de diálisis para cada uno de los Hospitales emisores de este contrato. Los centros estarán situados en una zona urbana de cualquiera de las zonas básicas de salud que conforman cada uno de los sectores sanitarios.” En la cláusula séptima se prevé que “el equipo humano para realizar los procedimientos debe estar formado como mínimo por: 1 personal facultativo y 1 personal sanitario no facultativo directamente relacionado con el procedimiento”.



Afirma seguidamente que "a priori" no se desprende del expediente de contratación que se den los requisitos legales para que exista subrogación de trabajadores por parte del contratista de acuerdo a la jurisprudencia reseñada anteriormente ya que no se exige traslado de elementos patrimoniales así como tampoco se prevé una sucesión de plantilla. Por otro lado, el Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta y Asistencia de las Islas Baleares (BOIB núm. 77 de 28/05/2009) no contempla la obligación de subrogación por parte del nuevo contratista en la posición del que actualmente presta el servicio. Con cita de resoluciones de este Tribunal, se afirma que la obligación impuesta por el artículo 120 del TRLCSP responde a aquellos supuestos en que la obligación de subrogación venga impuesta por disposición legal o bien por Convenio Colectivo (Resoluciones núm. 257/2012, 271/2012, 292/2012; 75/2012; 608/2013). Cita expresamente la Resolución del Tribunal 181/2011, de 6 de julio, en la que se dice que *"la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo. Sin embargo, en aquellos casos en que no existe tal obligación previa de subrogación por no haber disposición legal ni convenio colectivo que la exija, la falta de mención en los pliegos equivaldrá a la no exigencia de la misma."*

El órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 120 del TRLCSP solo tiene la obligación de 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, correspondiendo a los licitadores, por consiguiente, valorar si concurren o no a la licitación, como ha manifestado este Tribunal en un caso similar en su Resolución 66/2012.

Cita finalmente el informe de la Abogacía General del Estado de 29 junio de 2005 en el que se afirma que "por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación



empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un «contenido netamente laboral» y «que forman parte del status del trabajador», de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio." En conclusión estima que "el órgano de contratación sólo vendría obligado a desistir del expediente de contratación por incumplir lo dispuesto en el art. 120 LCSP, en el caso de que la obligación de subrogarse el contratista en las relaciones laborales del que actualmente presta el servicio venga impuesto por Convenio Colectivo, o bien estemos en el supuesto de sucesión empresarial del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, circunstancias que no concurren en el presente caso".

Octavo. El artículo 155.4º del TRLCSP determina que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. Por lo tanto, teniendo el Tribunal una función



revisora de los actos recurridos, la presente resolución se limita a examinar si la justificación en la que se ampara el órgano de contratación para acudir al desistimiento es o no una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. Como se expone en el informe del órgano de contratación, con cita de resoluciones de este Tribunal, e informe de la Abogacía General del Estado, la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego, por ser esta ajena al procedimiento contractual. El artículo 120 del TRLCSP lo que exige es que, si se dan las circunstancias que exigen subrogación de los trabajadores y así se impone en el pliego, se proporcione a los licitadores toda la información necesaria sobre dichos trabajadores para que puedan formular correctamente su oferta. Tampoco corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre si, en este caso, existe o no obligación de subrogación de acuerdo con el Derecho laboral. Lo que procede determinar es si la omisión de la relación de los trabajadores en el anexo al pliego, relación anunciada en la cláusula 24.6 del PCAP, pero omitida, es susceptible de causar, en los términos exigidos por el artículo 155.4 del TRLCSP, una infracción no subsanable y relevante de las reglas de preparación y adjudicación del contrato. Pues bien, es cierto que la cláusula 24.6 del pliego no se pronuncia claramente sobre si, en este contrato, puede existir o no subrogación de los trabajadores, por cuanto utiliza una mención muy vaga e incorrecta referida a “aquellos casos en que así lo exija la normativa vigente”, pero no es menos cierto que de la lectura de esta expresión puede deducirse que tal subrogación puede ser jurídicamente exigible. La mención en el pliego de que se va a facilitar dicha lista de los trabajadores, aunque luego se omite, parece confirmar la posible existencia de subrogación. Si a ello se une la contradicción existente entre la decisión de desistimiento del órgano de contratación que entiende que sí que existe subrogación de los trabajadores al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y el informe para el recurso emitido por el mismo órgano de contratación, donde se afirma radicalmente lo contrario, se comprueba que existe una fundada duda sobre si concurre o no la subrogación de los trabajadores en este contrato. Esta duda hace razonable concluir que la inclusión de la lista de los trabajadores a los que pudiera extenderse la subrogación en un contrato de esta entidad económica es un elemento de gran importancia para la formulación de las ofertas y así lo ha manifestado la empresa DIAVERUM SERVICIOS RENALES al formular alegaciones, aunque no lo hayan hecho otros licitadores. Como ha indicado esta empresa, la no aportación con los Pliegos que rigieron la licitación de la información relativa a la



relación y condiciones laborales de los trabajadores que estaban prestando el servicio ha supuesto que los licitadores no hayan podido tener en cuenta este extremo en la elaboración de sus ofertas. Esta circunstancia afecta al principio de concurrencia, y constituye una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, concurriendo por lo tanto los requisitos establecidos en el artículo 155.4 del TRLCSP. Por último, el hecho de que, según informa el órgano de contratación, varias empresas, al conocer la decisión de desistimiento hayan retirado sus ofertas, abunda en la procedencia de confirmar la resolución impugnada, de manera que el órgano de contratación, como afirma en su resolución, convoque un nuevo concurso en que estas incertidumbres –la concurrencia o no de subrogación de los trabajadores, y, si hubiera subrogación, la lista y condiciones de los trabajadores a los que afecta-, queden eliminadas.

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^a Patricia Usón Jaeger en representación de FRESENIUS MEDICAL CARE SERVICES CATALUNYA S.L., contra la resolución de desistimiento del contrato dictada por el Sr. Director General del Servicio de Salud de 24 de agosto de 2015, en el expediente de contratación número SSCC PA 120/15, para la contratación del “*Servicio de hemodiálisis en Centro de Diálisis extrahospitalario (CD), para usuarios derivados por el Servicio de Salud de las Illes Balears*”, por cuanto concurren los requisitos necesarios para el desistimiento de la licitación, de modo que, como se expresa en la resolución recurrida, se proceda al inicio de un nuevo expediente de contratación.

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 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 del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

