

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

En Madrid, a 9 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.O.A., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Centros de Animación, Enseñanza y Formación Socio-Cultural (ANESOC), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación para contratar los servicios de animación sociocultural de los centros de mayores del Distrito de Retiro. Número de expediente: 300/2015/00886. Ayuntamiento de Madrid, Distrito de Retiro, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 5 de noviembre de 2015 de la Gerencia del Distrito de Retiro, publicada en el BOE de 6 de noviembre de 2015, se convocó procedimiento abierto para la contratación de los servicios de animación sociocultural de los centros de mayores del Distrito de Retiro. Los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados el mismo día 6 de noviembre, mediante la publicación en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid. El valor estimado del contrato es de 230.672,46 euros.

Segundo.- El 23 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por el representante de la Asociación ANESOC, en el que solicita la anulación del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Tercero.- Con fecha 26 de noviembre de 2015, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 43.4 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso alega, y fundamenta, lo siguiente:

El recurso especial se interpone contra los pliegos del referido contrato por contener éstos, en particular el PPT, la referencia un Convenio Colectivo que, a juicio de la recurrente, no es el que resulta de aplicación a los servicios a prestar. Argumenta la recurrente que se ha cometido una equivocación al querer aplicar el nuevo Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 al que se refiere el PPT, cuando los servicios a prestar están incardinados al II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (BOE 15 de julio de 2015).

Mantiene igualmente que el objeto del contrato, determinado en el apartado 1 del PPT: *“El objeto del presente contrato es la prestación del servicio para la organización y desarrollo del Programa de Animación Sociocultural, Talleres y Actividades de carácter lúdico, preventivo y sociocultural dirigidos a los Mayores del Distrito de Retiro en los términos estipulados en el presente Pliego”*, revela e indica que estamos ante actividades de carácter lúdico y de desarrollo de programas de animación sociocultural y no de intervención social -que es otra cosa bien distinta-.

Por lo que a la vista del ámbito funcional del ambos convenios, II Convenio de Actividades de Ocio Educativo y Animación sociocultural y el I Convenio de Acción e Intervención Social, es el primero el que resulta de aplicación, *“que el PPT lo haya realizado o elaborado el departamento de servicios sociales como en él se lee y que*

se dirija hacia personas mayores no determina, en absoluto, que tenga que aplicarse el Convenio Colectivo que refiere el PPT, ya que las actividades a realizar con las personas mayores entran dentro del ámbito funcional del II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, Convenio éste que el de Intervención Social respeta y lo considera preexistente (en su adicional primera) por ser lógicamente anterior a él.”

Además alega que las consecuencias de aplicar uno u otro convenio son importantes, puesto que la obligación de subrogación en el convenio de actividades de ocio se limita a los trabajadores fijos, mientras que en el convenio de intervención social, no se contempla tal limitación. Por otro lado manifiesta que, si bien la cuestión de la subrogación es importante, también lo es “*el monto salarial económico de la licitación*”, puesto que los salarios contemplados en los dos convenios para categorías equivalente son distintos, más elevados en el acción e intervención social que en el de actividades de ocio, si bien se indica que esta cuestión no es objeto de recurso y se apunta simplemente a efectos informativos.

En consecuencia, entendiendo que no es de aplicación el mencionado Convenio, solicitan que la referencia en el PPT sea eliminada así como el Anexo I del mismo que contiene la lista de personal a subrogar, en la que consta que todos los trabajadores incluidos en ella tienen un tipo de contrato por obra o servicio.

El informe del Órgano de contratación alega en síntesis que el citado convenio es de aplicación al presente contrato y que “*por acción e intervención social, se entienden las actividades o acciones, que se realizan de manera formal y organizada, que responden a necesidades sociales y ofrecen atención a personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad social, cuyo propósito puede ser tanto detectar, prevenir, paliar, superar o corregir procesos de exclusión social, como promover procesos de inclusión y/o participación social. Serán afectadas por este Convenio los ámbitos de la acción social, así como el socio-laboral o el socio-sanitario, pasando por lo socio-cultural y lo socioeducativo. Este ámbito funcional se concreta en el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales*

recogido en la Resolución de 23 de abril de 2013 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales... Asimismo, se verán afectadas por este Convenio todas las actividades, programas, servicios, recursos, etc., incluidos de forma genérica en la acción e intervención social enmarcada en la definición de los párrafos precedentes, para colectivos en situación, o riesgo de exclusión social salvo que estén reguladas por el actual ámbito funcional recogido en el Convenio Estatal de Reforma Juvenil y Protección Menores. Se entienden incluidas las actividades de animación socio-cultural, y ocio y tiempo libre desarrolladas para cumplimiento de las finalidades señaladas anteriormente salvo que les fuera de aplicación el convenio de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (...). El fin último de la presente contratación es conseguir el envejecimiento activo y retrasar situaciones de dependencia en las personas mayores, tal y como se establece en el Informe de Necesidad e Idoneidad del contrato.”

Respecto de la subrogación de los trabajadores el órgano de contratación manifiesta que *“la subrogación de los trabajadores, prevista en ambos convenios, si bien con diferencias entre ellos, se reitera el criterio ya manifestado por diversas Juntas Consultivas de Contratación, así como ese mismo Tribunal, de que dicha obligación nace de los propios convenios colectivos, tratándose de una cuestión ajena al propio Ayuntamiento, y que la han de resolver la empresa contratista, la empresa adjudicataria y los propios trabajadores, siendo la única obligación del Ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con el art. 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, facilitar los datos relativos a los trabajadores a subrogar, de acuerdo con la información suministrada por la empresa adjudicataria”.*

Quinto.- Con fecha 26 de noviembre de 2015, el Tribunal da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo se ha recibido alegaciones por parte de las empresa Humanus Servicios Sociales que en síntesis alega que el convenio indicado en el Pliego es correcto, de acuerdo con las prestaciones del contrato y por tanto el

recurso debe desestimarse.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

La Asociación ANESOC es una asociación nacional de centros de animación de educación, enseñanza y formación socio-cultural que cuenta entre sus fines la defensa de cualesquiera intereses empresariales, pedagógicos, económicos sociales laborales y de otra índole derivados del objeto de su actividad.

En el artículo 27 de los Estatutos y dentro de las atribuciones del presidente, se encuentra representar a la asociación y realizar en su nombre toda clase de actuaciones judiciales y extrajudiciales, pudiendo comparecer y otorgar y revocar poderes, delegando las facultades que le correspondan y a favor de abogados y procuradores. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Consta igualmente el acuerdo, adoptado por el órgano competente, para interponer el recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues fue anunciada la licitación en el BOE el 6 de noviembre de 2015 y los Pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento en esa misma fecha, presentado el recurso ante el órgano de contratación el 23 de noviembre de 2015, dentro del plazo de quince días, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, éste se ha interpuesto contra el Pliego de Prescripciones Técnicas correspondiente a un contrato de servicios clasificado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, y cuantía superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1 b) y 40.2 a) del TRLCSP.

Quinto.- De acuerdo con la documentación del expediente, el contrato de servicios tiene por objeto la organización y desarrollo del Programa de Animación Sociocultural, Talleres y Actividades de carácter lúdico, preventivo y sociocultural dirigidos a los Mayores del Distrito de Retiro.

Los objetivos del Programa son:

1.- Favorecer entre la población mayor del Distrito un envejecimiento activo y saludable a través del desarrollo de actividades y talleres socioculturales, ocupacionales, artísticos y lúdicos.

2.- Estimular el mantenimiento activo tanto a nivel físico como psicológico de las personas mayores mediante la realización de actividades con contenido de ejercicio físico y de relajación.

3.- Potenciar la participación e integración de las personas mayores en la vida de la comunidad.

4.- Fomentar las relaciones interpersonales y de convivencia de las personas mayores en su propio entorno.

5.- Crear espacios nuevos y formas nuevas para la ocupación del tiempo libre.

6.- Impulsar la cooperación y el voluntariado.

7.- Promover la conciencia de utilidad y autoestima en las personas mayores.

8.- Impulsar las relaciones intergeneracionales a través de la realización de actividades compartidas.

9.- Fomentar la implicación y colaboración de las Juntas Directivas en el desarrollo de la Programación de los Centros de Mayores.

De acuerdo con el apartado 3.1 del PPT, las actividades a desarrollar dentro del Programa consisten en los siguientes Talleres: Gimnasia de Mantenimiento, Yoga, Bailes, Coro y Teatro.

El I Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención social, firmado el 13 de mayo de 2015 y publicado en el BOE de 3 de julio de 2015, establece como ámbito funcional las actividades o acciones que se realizan de manera formal y organizada, que responden a necesidades sociales y ofrecen atención a personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad social, cuyo propósito puede ser tanto detectar, prevenir, paliar, superar o corregir procesos de exclusión social, como promover procesos de inclusión y/o participación social.

También se especifica en el convenio que *“Asimismo, se verán afectadas por este Convenio todas las actividades, programas, servicios, recursos, etc., incluidos de forma genérica en la acción e intervención social enmarcada en la definición de los párrafos precedentes, para colectivos en situación, o riesgo de exclusión social salvo que estén reguladas por el actual ámbito funcional recogido en el Convenio Estatal de Reforma Juvenil y Protección Menores. Se entienden incluidas las actividades de animación socio-cultural, y ocio y tiempo libre desarrolladas para cumplimiento de las finalidades señaladas anteriormente salvo que les fuera de aplicación el Convenio de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Así mismo quedan incluidas, de manera exclusiva, en el ámbito de este Convenio, la Cooperación Internacional y Ayuda al Desarrollo en los términos recogidos en la disposición transitoria segunda”*.

De la redacción de estos párrafos puede deducirse de forma bastante clara que es la situación de los beneficiarios de la acción la que indica si las actividades pueden encuadrarse dentro de la acción e intervención social, en los términos previstos en el Convenio. Se trata de personas en situaciones de riesgo o de exclusión que requieren un tratamiento específico que sin duda va mas allá de

actividades generales de fomento de la participación o del desarrollo físico y anímico de las personas destinatarias.

El II Convenio de ocio educativo y animación socio cultural, registrado por Resolución de 3 de julio de 2015 de la Dirección General de Trabajo, y publicado en el BOE de 15 de julio de 2015, establece en su artículo 2, relativo al ámbito funcional, que regula las relaciones laborales en las empresas o entidades privadas dedicadas a la prestación de servicios de ocio educativo y animación sociocultural, citando entre estas actividades: animación socio cultural, organización y gestión de servicios socioculturales como los dirigidos a centros cívicos, y culturales, bibliotecas, salas de lectura, etc.

A la vista de ambos Convenios, procede analizar el objeto del contrato para determinar en cuál de los dos podrían encardinarse, las actividades contempladas y que consecuencias implica la aplicación de uno u otro, para la licitación.

En el caso que analizamos, no encuentra este Tribunal en el expediente ni en el informe, una justificación que permita deducir que las actividades del programa de animación sociocultural objeto de la licitación estén dirigidas a personas en situación de riesgo o de exclusión social.

Resulta claro de la redacción del Convenio correspondiente, que las mencionadas actividades de intervención social, como ya se ha indicado, son más específicas que las genéricas de favorecer un envejecimiento activo o potenciar las participación de las personas mayores en la sociedad. No podemos olvidar que está incluyendo específicamente el convenio la “Reforma Juvenil y la Protección de Menores” y también la “cooperación al desarrollo”, lo cual implica que se contemplan situaciones y por tanto actuaciones, muy diferentes a las que derivan del objeto del contrato que analizamos, cuyos beneficiarios no son personas mayores en la situación específica de riesgo de exclusión social por la concurrencia de circunstancias económicas, sociales o sanitarias, que habrían de especificarse, sino

personas mayores en general independientemente de sus circunstancias personales.

Es significativa también la diferencia que existe entre el personal contemplado en el Convenio de acción e intervención social, entre los que se pueden encontrar voluntariado social, miembros de comunidades religiosas y cooperantes, y el personal del Convenio de actividades de ocio, que son fundamentalmente monitores y animadores, lo que nos conduce también a considerar que en este caso, las actividades objeto de la licitación deberían encuadrarse en este último y no en el de acción e intervención social.

En consecuencia, teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe concluir que las actividades objeto del contrato de servicios “Programa de animación sociocultural de los centros de mayores del distrito de Retiro”, deben considerarse, en principio, incluidas dentro del II Convenio de ocio educativo y animación socio cultural sin perjuicio de lo que pudiese resolver, en su caso, la jurisdicción laboral sobre esta cuestión, caso de que llegase a plantearse ante la misma.

Si bien, como se ha señalado en diferentes ocasiones, no es competencia de este Tribunal interpretar la legislación laboral aplicable, baste citar la Resolución 149/2012, de 5 de diciembre: *“...la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro que lo venía prestando, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate”*.

“No obstante, no es competencia de este Tribunal interpretar las normas laborales y como se ha dicho la obligación de subrogación es independiente de su previsión o no en los pliegos o documentación complementaria del contrato y en caso de que los licitadores discrepen sobre la interpretación que al caso puede darse sobre la obligación, al ver condicionada su oferta a la posible decisión de la jurisdicción laboral sobre la obligación de subrogación pueden hacer uso del derecho a solicitar información adicional a que se refiere el artículo 158 del TRLCSP”, en este

caso la determinación del convenio aplicable es determinante, a la hora de presentar la oferta, puesto que implicaría en un caso, la obligatoria subrogación de nueve trabajadores contratados por obra o servicio y en otro caso, la inexistencia de tal obligación.

El artículo 38 del II Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural establece una cláusula de subrogación “cuando se produzca un cambio en la titularidad del contrato”, únicamente en relación con los trabajadores fijos. Por el contrario, en el Convenio de acción e intervención social, no existe esta limitación para la subrogación, contemplando otras situaciones y supuestos.

El Anexo I del PPT informa a los licitadores de la subrogación de personal, incluyendo un listado del personal contratado en todos los casos, por obra y servicios determinados, cuando en virtud del convenio que venimos considerando aplicable, este personal no estaría incluido en la subrogación.

El art. 120 del TRLCSP establece la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación. No obstante, en este caso la información facilitada resulta errónea por las razones expuestas, por lo que debemos concluir que no procede su inclusión en el PPT y debe sustituirse, en su caso, por la relación correcta de los trabajadores afectados por la subrogación, de acuerdo con el convenio colectivo aplicable.

En consecuencia, el recurso debe estimarse y el Anexo I del PPT y las referencias hechas al convenio colectivo estatal de acción e intervención Social 2015-2017, deben anularse.

En cuanto al efecto que la anulación del Anexo I del PPT y la supresión de las referencias al convenio colectivo, objeto de impugnación pueda tener sobre el PPT y la licitación convocada, como ya se ha señalado otras veces, debe partirse de la consideración de que su contenido influye en la presentación de ofertas, al tener incidencia directa, en el precio y en las condiciones de la prestación a realizar, el

número y la antigüedad de los trabajadores incluidos, por lo que debemos suponer que su eliminación es susceptible de afectar a las ofertas presentadas.

Por todo ello, en este caso, este Tribunal considera que la anulación del Anexo del PPT y de las menciones señaladas ha de implicar la de todo el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse nuevamente, si el órgano de contratación lo considera conveniente ofreciendo la información adecuada tendente a que los licitadores puedan formar una oferta cabal con conocimiento de los costes que lleva consigo la prestación del servicio.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso interpuesto por don J.O.A., en nombre y representación de la Asociación Nacional de Centros de Animación, Enseñanza y Formación Socio-Cultural (ANESOC), contra el Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación para contratar los servicios de animación sociocultural de los centros de mayores del Distrito de Retiro. Número de expediente: 300/2015/00886. Ayuntamiento de Madrid, Distrito de Retiro anulando los Pliegos y el procedimiento de licitación, que deberá reiniciarse, en su caso, elaborando nuevos Pliegos con el contenido que se señala en los Fundamentos de la presente Resolución.

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.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en sesión de su Pleno

del día 26 de noviembre de 2015.

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 49 del TRLCSP.