

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

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Magéntica Social S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, que regirán el contrato de servicios de “Control y Mantenimiento Menor para las Instalaciones Deportivas del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada”, número de expediente 2019/000891, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el día 14 de mayo de 2020 se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado de contrato asciende a 2.565.134,49 euros. La CPV es 98300000-Servicios diversos.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el motivo de recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el de Prescripciones Técnicas (PPT)

establecen en distintos apartados la obligación de subrogación de los trabajadores que están actualmente prestando el servicio y el Anexo I del PCAP incluye el listado de personal subrogable.

Tercero.- El 4 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Magéntica Social S.L., en el que solicita la anulación del PACP y del PPT ya que considera que *“la obligación de subrogación debe estar impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, lo cual no se produce en el presente contrato.*

No hay norma legal que ampare la obligación de la subrogación pues no estamos en presencia de la figura de la sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. (...)

Tampoco hay un convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga la obligación de subrogación. De hecho, la actual adjudicataria, Eulen, S.A., aplica el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos como queda reflejado en el “listado de personal subrogable” que la misma ha aportado al expediente. Se adjunta como documento número 4 el mencionado listado de personal subrogable.

Los pliegos prevén una obligación de subrogación no prevista en el convenio colectivo aplicable, el cual no se puede establecer en los pliegos. Parece claro que el Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada se ha excedido en sus prerrogativas al imponer en los pliegos la subrogación en base a un convenio colectivo supuestamente aplicable que no es el que está aplicando la actual adjudicataria del servicio”.

El 12 de junio de 2020, 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 transpone 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 (LCSP).

El Ayuntamiento alega en primer lugar la posible falta de legitimación activa de la recurrente por su objeto social que no estaría comprendido en el ámbito del objeto del contrato. En cuanto al fondo expone que *“Al momento de determinar el precio de este contrato, el órgano de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la LCSP. Para calcular el presupuesto base de licitación, estableció los cálculos económicos y laborales basados en la normativa laboral que entendía de aplicación, cual es el Convenio de Instalaciones Deportivas, de normal aplicación en este sector de producción, al tratarse de mantenimiento y control de instalaciones deportivas públicas (...) No obstante ello, la empresa adjudicataria del servicio hasta el momento, EULEN SA, de forma incomprensible, mantiene a los trabajadores que prestan el servicio en las instalaciones deportivas adscritos al Convenio de Oficinas y Despachos de Madrid, que engloba a una rama de la producción totalmente diferente de la que resulta ser el objeto del contrato, circunstancia que respecto el órgano de contratación, pues no es el mismo el que de determinar el Convenio Colectivo aplicable, lo que le compete a la autoridad laboral y en todo caso a la jurisdicción laboral correspondiente, y en este aspecto, la relación de personal subrogable ha venido dada por la comunicación que de forma expresa hace al órgano de contratación la empresa actualmente adjudicataria, EULEN SA, limitándose el órgano de contratación a comunicar las circunstancias indicadas por la empresa, en cumplimiento del artículo 130 LCSP. Si bien el referido convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Madrid, no considera la subrogabilidad del personal, de manera lógica y coherente con la naturaleza de la rama de servicios que ampara, no es menos cierto que, el propio personal que presta sus servicios en las instalaciones, por virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sí podría estar sujeto a subrogación legal, ante una posible inadecuada aplicación del convenio Colectivo”*.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de fecha 11 de junio de 2020.

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 46.4 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.- Debe en primer lugar examinarse la legitimación activa de la recurrente que ha sido contestada por el órgano de contratación.

El Tribunal comprueba que el objeto social de la empresa ha sido ampliado mediante escritura de 9 de julio de 2019, incluyendo la prestación de servicios auxiliares y complementarios en entidades públicas y privadas, información, recepción, atención al público, actividades comprendidas, al menos en parte, con el objeto del contrato que se licita.

Por ello consideramos que la empresa está legitimada para la interposición del presente recurso como potencial licitadora, 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 anuncio de licitación fue publicado el 14 de mayo de 2020, poniéndose en el mismo acto a

disposición de los licitadores los pliegos de condiciones e interpuesto el recurso, el 4 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se trata de determinar si procede la subrogación de los trabajadores tal y como la prevé el Pliego.

La cuestión relativa a la obligación de subrogación de los trabajadores fue objeto de análisis por el Tribunal en diversas Resoluciones, concluyendo que, salvo el supuesto de sucesión de empresas, solo cabe la misma cuando se establece por ley o por convenio colectivo.

En el caso planteado en el que no existe sucesión de empresas nos encontramos con la circunstancia de que el convenio colectivo que está aplicando la actual adjudicataria del servicio es el de oficinas y despachos que no prevé la subrogación de los trabajadores y el órgano de contratación por el contrario considera que es errónea esta aplicación y debería aplicarse el de Instalaciones Deportivas y Gimnasios que lo restablece.

Este Tribunal en su Resolución 139/2016 de 13 de julio, en relación con la impugnación de los Pliegos de un procedimiento, señaló que *“El Tribunal, no indicó en dicha Resolución y tampoco puede hacerlo ahora, que ese es el convenio aplicable, puesto que como ya se ha señalado en varias ocasiones, se trata de una cuestión de orden laboral sobre la que en definitiva correspondería pronunciarse, en su caso, a la jurisdicción social. Sin embargo, sí puede señalar que respecto de aquellas cuestiones en las que la aplicación de un determinado convenio sea un elemento esencial que se deba conocer para elaborar convenientemente en la oferta, ese es el convenio que*

debe considerarse”.

Por lo tanto, no compete al Tribunal, en este caso, establecer el convenio colectivo de aplicación, que vendrá determinado por las actividades a desarrollar, debiendo en caso de discrepancia someter la cuestión a la jurisdicción social pero sí debe pronunciarse a los efectos de determinar si procede incluir la obligación de subrogación en los Pliegos.

Analizando los Pliegos el Tribunal constata que el objeto del contrato es la realización de las funciones de control y de mantenimiento de las instalaciones deportivas y que la CPV del contrato no es la de servicios de esparcimiento, culturales y deportivos sino la de servicios diversos.

Por otro lado, el Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios establece como su ámbito funcional, artículo1, la *“prestación de servicios relacionados con el ejercicio físico. Se incluyen entre estos servicios, la práctica física deportiva, de manera amateur, voluntaria o profesional; la práctica física recreativa o de ocio deportivo, ya sean fines lúdicos, ya sean con fines didácticos o con ambos a la vez, así como la vigilancia acuática”.*

Resulta evidente que las actividades comprendidas en el objeto del contrato que se licita, si bien se prestan en instalaciones deportivas, no tienen relación alguna con la prestación de servicios relacionados con el ejercicio físico en el sentido expuesto por lo que debemos concluir que el convenio colectivo citado no le resultaría de resulta de aplicación.

El Artículo 130 de la LCSP, Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, establece en su apartado 1 *“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán*

facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

En el caso planteado no puede mantenerse que el convenio colectivo de aplicación sea el considerado por el órgano de contratación al no ser coincidente a ámbito funcional, por lo que en principio debe tenerse en cuenta el que venía siendo aplicado hasta el momento, que no contempla la subrogación de los trabajadores por lo que no debe incluirse esa mención en los Pliegos.

En consecuencia, el recurso debe estimarse anulando los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando nuevos Pliegos en el sentido expuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46. 4 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Magéntica Social S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, que regirán el contrato de servicios de “Control y Mantenimiento Menor para las Instalaciones Deportivas del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada”, número de expediente 2019/000891, anulando los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando nuevos Pliegos en el sentido expuesto el Fundamento de Derecho Quinto 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el día 11 de junio de 2020.

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 59 de la LCSP.