

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

En Madrid, a 2 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.C.M., en nombre y representación de la UTE Fundación Atenea Grupo Gid, Asociación Provivienda y Asociación Realidades para la Integración Social, y de la UTE Asociación Realidades para la Integración Social, Fundación Atenea Grupo Gid, Asociación Provivienda, contra los Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, del contrato de servicios “Programa de atención a la exclusión social”, del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, número de expediente: 5.149, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 29 de septiembre de 2016, se publicó en el BOCM la convocatoria del procedimiento de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 693.000 euros.

Segundo.- El 17 de octubre de 2016, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Alcalá, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por el

representante de la UTE Fundación Atenea Grupo Gid, Asociación Provivienda y Asociación Realidades para la Integración Social, en el que solicita la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT). El recurso había sido previamente anunciado al órgano de contratación el día 14 de octubre.

El recurso alega que los servicios a contratar en este procedimiento son idénticos, tanto por el objeto como por los recursos materiales y humanos a emplear, a los hasta ahora desempeñados por la UTE, en ejecución de dos contratos de servicios cuyos objetos son: exp. 5.044 año 2015: “...atención inmediata a personas en situación de grave exclusión social...” y exp. 5.040 año 2015: “...apoyar la permanencia en el medio de personas que se hallen en situación de exclusión social ubicándose la atención incluso el mismo... Centro de Atención “Puerta de Madrid...”.

Considera la UTE recurrente que “*esos servicios, al igual que los que ahora se licitan, se encuentran dentro del ámbito de aplicación Convenio Colectivo estatal de Intervención Social, publicado en el BOE de 3 de julio de 2015 y viene recogido en los Pliegos de todos los Servicios descritos cuando describe los medios personales adscritos a los mismos: en el Pliego de Prescripciones Técnicas del Expediente 5.040, el Educador social a jornada completa y el Técnico de integración social a media jornada, ambos con la categoría correspondiente a dicho Convenio (página 7); y en el Expediente 5046, 2 educadores a jornada completa, 1 técnico de integración social a jornada completa, y 1 auxiliar de servicios a media jornada (página 6 del PPT), también haciendo alusión explícita al convenio de Intervención Social; por último, en el Pliego objeto de recurso, la Cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas, en el que figura como.- CLÁUSULAS SOCIALES: CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN, entre las que “...se consideran condiciones de carácter social de obligado cumplimiento en desarrollo del contrato las siguientes: El cumplimiento de las condiciones salariales establecidas en el Convenio colectivo de Intervención Social..., sin embargo, aún reconociendo que el Convenio aplicable es el CIS, no se proporciona la información básica para que la*

obligación de subrogar a la plantilla que impone éste Convenio pueda llevarse a cabo”.

Argumenta la recurrente que el Convenio Colectivo citado regula, en su artículo 13, las condiciones en que se debe realizar la subrogación de personal, poniendo de manifiesto, igualmente, que al formalizar los contratos arriba mencionados, llevó a cabo la efectiva subrogación del personal, a la que venía obligada en aplicación del Convenio.

En consecuencia, consideran que los Pliegos impugnados no recogen la información exigible sobre la subrogación de los trabajadores y deben ser anulados.

El informe del órgano de contratación alega, en primer lugar, que no cabe recurso especial al tratarse de un contrato no sujeto a regulación armonizada, incluido en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE y cuyo valor estimado es inferior a 750.000 euros, además considera que en el presente Pliego el convenio colectivo de integración social solo es aplicable en cuanto a los salarios y, por último, que el contrato que se licita no supone una continuación de los anteriores sino que se trata de un procedimiento independiente y distinto en todos sus elementos, por lo que, en todo caso, no procede la subrogación del personal.

Quinto.- Con fecha 21 de octubre de 2014, 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 han recibido alegaciones por parte de la Asociación Centro Trama que, en síntesis, alega que la recurrente no presentó el anuncio del recurso en el plazo establecido y que no ostenta interés por recurrir, puesto que siendo la anterior adjudicataria ya cuenta con la información del personal a subrogar, por lo que puede presentar su oferta en debidas condiciones, por lo tanto solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la UTE recurrente para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica actual adjudicataria del servicio, “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” ya que su interés radica en que se incluya en los Pliegos la información precisa sobre la subrogación de los trabajadores que ahora prestan el servicio al objeto de que se proceda a la subrogación por terceros, en caso de resultar adjudicatarios.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El acto recurrido son los Pliegos que han de regir la contratación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros, recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Como correctamente indica el órgano de contratación en su informe, el contrato no está sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.d) de la Directiva 2014/24/UE, dado que las actividades objeto de contratación se identifican y categorizan en un Código CPV (85312000-9) de “servicios sociales y de salud y servicios conexos”, que se hallan incluidos entre las actividades contempladas en el Anexo XIV de la misma, en relación con su artículo 74, y su valor estimado es inferior a 750.000 euros.

No obstante lo anterior, pese al hecho de que el contrato no se halle sujeto a regulación armonizada, sí es susceptible de recurso especial en materia de

contratación, según la conclusión señalada por este Tribunal en su Resolución nº 107/2016, de 1 de junio, “*el legislador nacional que no ha procedido a la transposición de la Directiva ha admitido la posibilidad de que sean susceptibles de recurso a partir del umbral de 209.000 euros, ampliando la posibilidad de recurso establecida en la Directiva. Se trata de una opción beneficiosa para la recurrente y en cuanto no se opone a la normativa comunitaria, no es posible aplicar efecto directo alguno de las directivas, procediendo en consecuencia aplicar lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP y admitir la posibilidad de recurso especial*”.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues la licitación fue anunciada en el BOCM del 29 de septiembre de 2016 y los Pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en esa misma fecha, presentado el recurso ante el órgano de contratación el 17 de octubre de 2016, dentro del plazo de quince días, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, cabe destacar que de acuerdo con la documentación del expediente, el contrato de servicios tiene por objeto, según el PPT en su cláusula 1ª, “*la prestación de servicios destinados a acompañar los procesos de inclusión social, de personas que se hallen en situación de grave exclusión social poniendo en marcha una serie de actuaciones que permitan mejorar sus condiciones personales y sociales, potenciando la autonomía y facilitando la inclusión de la persona en su entorno. El presente Pliego tiene por objeto la determinación de las condiciones para la atención a las personas en grave exclusión social definida en las prescripciones técnicas, en las que se especifican las necesidades y servicios a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta, así como establecer el procedimiento para su prestación*”.

Por su parte, el Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017, establece en su artículo 7, el ámbito funcional del mismo, determinando que “*será de aplicación en todas aquellas empresas, asociaciones, fundaciones, centros, entidades u organizaciones similares (en adelante organizaciones) cuya*

actividad principal sea la realización de actividades de acción e intervención social, cuya naturaleza jurídica no sea de derecho público, o cuyo accionista único o principal no sea una administración pública.

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.”

Como ha señalado el Tribunal en diversas resoluciones, entre otras, la Resolución 139/2016 de 13 de julio, “*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 señalarse 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, establecer el convenio colectivo de aplicación al contrato analizado, pero debe señalarse, puesto que la posibilidad de subrogación, que es la cuestión debatida, constituye un elemento esencial que deben conocer las entidades licitadoras, que de la descripción del artículo 7 del convenio, en relación con el objeto y la clasificación del contrato analizado, se desprende que los servicios objeto de licitación, se encuentran dentro del ámbito funcional del Convenio de integración social, siendo por ello éste el que debe considerarse, en principio, aplicable.

El artículo 13 del citado convenio establece, como indica la recurrente, una cláusula de subrogación a realizar “*por o para quien suceda y/o capte parte de la*

actividad de otra organización, en los supuestos y condiciones que se detallan a continuación”.

En consecuencia, para que se produzca la subrogación, aún en el ámbito del convenio, tiene que darse la circunstancia de que haya cambio de titularidad, de manera que quien suceda asuma, al menos en parte, la actividad que se venía desarrollando.

En el caso analizado, a la vista del objeto y las características del contrato que se licita, debe reconocerse, sin género de duda, que las actividades coinciden, al menos en parte, con las de los dos contratos anteriores, expedientes 5040 y 5044 de 2015, ejecutados por la UTE recurrente. El hecho de que se trate de procedimientos diferentes, con prestaciones que pueden o no ser idénticas y con alguna diferencia en la forma de ejecución, no desvirtúa la identidad esencial de las actividades, que se tratan, en todo caso, de acciones de integración social.

A pesar de ello, se constata que, ni en los Pliegos ni en la documentación complementaria del expediente, se ha informado a los licitadores de la posibilidad de una subrogación respecto del personal adscrito a dichos contratos.

Como ya mantuvo este Tribunal en su Resolución 148/2013 de 2 de octubre, “*qué duda cabe que, si bien no es preciso recoger las obligaciones legales establecidas en normas sectoriales 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 cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formular sus ofertas. A ello tiende el artículo 120 del TRLCSP, 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.”

Por todo ello, en los Pliegos, en los anexos o en la documentación complementaria que se facilite, debe constar el listado de trabajadores prestadores del servicio, con indicación de los extremos precisos, categoría, antigüedad, clase de contrato, porcentaje de jornada y otras observaciones precisas, para que los licitadores puedan asumir la obligación de subrogación de trabajadores.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 23 de febrero de 2011, cuando señala que el pliego debe referenciar la obligación de subrogación, a efectos meramente informativos con el fin de que las ofertas tengan en cuenta esta eventualidad.

Se trata, en definitiva, de que los licitadores concurran con toda la información necesaria sobre las condiciones de la contratación y en esa información debe incluirse la obligación de subrogación de determinados trabajadores.

En consecuencia, no constando la información precisa, el recurso debe ser estimado, anulando el procedimiento que deberá reiniciarse, si persisten las necesidades, incluyendo la información indicada sobre el personal a subrogar.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 interpuesto por doña M.C.M., en nombre y representación de la UTE Fundación Atenea Grupo Gid, Asociación Provivienda y Asociación Realidades para la Integración Social, y de la UTE Asociación Realidades para la Integración Social, Fundación Atenea Grupo Gid, Asociación Provivienda, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios “Programa de atención a la exclusión social” del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, anulando el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse, incluyendo la información necesaria en los términos del Fundamentos 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.