

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por J.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, por los que se han de regir el expediente de contratación “Servicio de mantenimiento correctivo y preventivo de la Universidad Autónoma de Madrid y para el servicio de operación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales”, número de expediente: A-5/19, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de octubre de 2018, se publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para el contrato de servicios, mencionado con un valor estimado de 7.107.438,02 euros.

Interesa destacar a los efectos del presente recurso que la cláusula 11 del

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), “*Personal a cargo del contratista*”, establece entre otras cosas, lo siguiente: “(...) *El contratista está obligado a cumplir las condiciones salariales de sus trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.*

(...).

El contratista deberá, en su caso, hacerse cargo del personal procedente de la anterior contrata, en los términos y condiciones que se determinen en las normas y convenios en vigor que le sean aplicables. La información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación se incluirá, en su caso, en el Pliego de Prescripciones Técnicas, dicha información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP”.

Por otro lado, el apartado 7.5.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) señala: “*La Empresa adjudicataria deberá dedicar a la Universidad con carácter permanente, asistencia diaria y dedicación plena, el personal subrogable que se distribuye por especialidades tal y como aparece en el listado que se adjunta en el anexo 2 del presente Pliego de Características Técnicas Particulares.*

En dicho anexo de personal subrogable se detallan, además, las antigüedades y tipo de contrato de cada uno. A los salarios de convenio, según la categoría indicada, hay que incluir los complementos salariales en los casos que aplique. Los importes indicados son por mes/paga.

El convenio colectivo de aplicación es el Convenio Colectivo de la Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, con la particularidad de que para las bajas de ITT y accidentes laborales se les complementan los salarios al 100%, según acuerdo firmado con los trabajadores”.

Finalmente se incluye un Anexo 2 al PPT que contiene información sobre lo que el Pliego denomina “*personal subrogable*”, categoría, antigüedad y condiciones salariales de los trabajadores que están prestando el servicio en la actualidad.

Segundo.- AMI interpuso recurso especial en materia de contratación el 23 de

octubre de 2018, contra el PCAP, el PPT y los Anexos por los que ha de regirse el indicado contrato ante el órgano de contratación que lo remitió al Tribunal junto con copia del expediente administrativo y el informe contemplado en el artículo el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 (en adelante LCSP).

La recurrente alega que el *“Convenio que se dice de aplicación al personal destinado al servicio (Convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal (código número 28003715011982), publicado en el BOCM número 1, del sábado 2 de enero de 2016), y que se dice subrogable, nada refiere en su articulado sobre la “subrogación” del personal afectado por dicho Convenio.*

Si ello es como antecede, es claro por lo tanto, que no procede en modo alguno la subrogación pretendida y anunciada por el Órgano de Contratación”.

En consecuencia solicita, en base a diversas Resoluciones del Tribunal y de otros órganos encargados de la resolución de recursos que cita, que *“se modifique el PPT y en concreto de la obligación impuesta (“subrogación”) y dispuesta a través del Apartado 3, del Punto 7.5 del PPT –“Medios personales”-, en relación con el Anexo 2 del mismo Pliego; en el sentido de anularlo y dejarlo sin efecto”.*

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo señala que:

“Los trabajos que se requieren para cumplir con las obligaciones del punto anterior se deben ejecutar con personal suficiente en número y cualificación.

El listado de personal que aparece en el anexo 2 es el que actualmente cumple con el trabajo encomendado.

La Universidad ha publicado en reiteradas ocasiones un pliego para la contratación de este mismo servicio en idénticas condiciones, sin que se haya formulado reclamación alguna al respecto.

La citada cláusula se incluye considerando los objetivos contenidos en el artículo 19 del II Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, en el que se considera prioritario el mantenimiento del empleo en el conjunto de empresas del Sector de Metal”.

Tercero.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la Asociación 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 46.1 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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la asociación AMI, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del LCSP al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos de las empresas del sector, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.*

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se plantea en tiempo, pues la publicación de la licitación en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público se produjo el 9 de octubre de 2018, siendo interpuesto el recurso el 23 de octubre, dentro del plazo de

quince días hábiles de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

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

Quinto.- El motivo del presente recurso se contrae al examen de la legalidad del PCAP y el PPT por lo que se refiere al tratamiento que en el mismo se establece respecto de la obligación de subrogación de los trabajadores.

La cuestión relativa a la obligación de subrogación de los trabajadores fue objeto de análisis por el Tribunal en su Resolución 235/2016 de 2 de noviembre en la que se señalaba: *“No cabe desconocer que la cuestión planteada en el recurso y la defensa de contrario del contenido del pliego efectuada por el órgano de contratación, responden a una cuestión doctrinal polémica, no exenta de dificultad y que encuentra pronunciamientos dispares en la jurisprudencia. Así mientras que la jurisdicción social parece admitir la posibilidad de que la subrogación de trabajadores venga impuesta en los pliegos que han de regir la contratación, la jurisdicción contencioso administrativa, -con la salvedad de la Sentencia de la Audiencia Nacional invocada por el órgano de contratación-, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, así como determinados informes de la Abogacía del Estado, como el Informe de 29 de junio de 2005, consideran que la subrogación del personal es una cuestión que corresponde al ámbito laboral y sobre la que no cabe establecer obligaciones autónomas en los pliegos”.*

Igualmente añadía que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET, que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al

mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, *“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”*. Respecto de este tipo de subrogación legal el Tribunal Supremo ha señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación 2343/2002, que para exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser *“una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada”*, añadiendo la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación 15/2014, que *“lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas), no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos”*, así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirma que la unidad productiva autónoma *“debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente”*.

En el caso planteado no estamos ante una sucesión de empresas por lo que la posibilidad de establecer en el Pliego una subrogación convencional que no esté prevista en el convenio de aplicación, ya ha concluido el Tribunal que no es admisible, tal y como también recogía la Resolución antes citada: *“Además cabe la denominada subrogación convencional de acuerdo con lo establecido entre otras en Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, una dictada en el Recurso de Casación 4206/2000, y otra de 3 de junio de 2002, dictada en el Recurso de Casación 4892/2000, vienen a determinar que la única vía por la que puede operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratos administrativos, es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación, excluyendo el convenio de empresa y con los límites que se establezcan en el propio convenio*

colectivo que la prevea. Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones núm. 75/2013, de 14 de febrero o 969/2015, de 23 de octubre, siguiendo una línea doctrinal constante, señala del mismo modo al respecto que “la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status de 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”.

La asociación recurrente impugna en este caso una cláusula, en cierto modo ambigua, del PPT y un Anexo, que parecen establecer la obligación de subrogación de trabajadores en un supuesto como el que analizamos, en el que el convenio colectivo de aplicación citado en los Pliegos, aunque pueda tener como objetivo el mantenimiento del empleo en el sector, como alega la Universidad, no establece la subrogación de los trabajadores.

El Tribunal constata que efectivamente el convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM), UGT y CC OO (código número 28003715011982) y publicado en el BOCM de 2 de enero de 2016, no contiene una previsión de subrogación por lo que hay que concluir que la información incluida en la cláusula 7.5.3 del PPT y el listado incluido en el Anexo 2 resultan improcedentes y equívocas pues si bien no dicen expresamente que exista la obligación de subrogación convencional, incluyen la referencia al personal que

actualmente presta servicio como personal subrogable, indicando además las condiciones en que debe realizarse esa subrogación.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que no siendo posible establecer en los Pliegos la obligación de subrogación del personal que viniera desempeñando las labores objeto del contrato a licitar, y no estando prevista en este caso la subrogación en el convenio colectivo de aplicación, debe anularse el apartado 7.5.3 del PPT y el Anexo 2 y correlativamente la licitación debiendo convocarse una nueva, no siendo posible únicamente tener la cláusula por no puesta, en tanto en cuanto al modificarse las condiciones de la prestación, las ofertas efectuadas no responden a los costes reales del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso formulado por J.H.A., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, por los que se han de regir el expediente de contratación “Servicio de mantenimiento correctivo y preventivo de la Universidad Autónoma de Madrid y para el servicio de operación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales”, número de expediente: A-5/19, declarando la nulidad del apartado 7.5.3 del PPT y su Anexo 2, en cuanto se refieren a la obligación de subrogación del personal que viene prestando el servicio en la actualidad, debiendo modificarse los pliegos y conceder nuevo plazo para la presentación de ofertas.

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 58.2 de la LCSP.

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 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.