

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

En Madrid, a 22 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fantasías Extraescolares S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones, publicados el 19 de mayo de 2023, que regirán la contratación del servicio “prestación de recursos de conciliación para las familias que residen en algunos de los municipios integrantes de la Mancomunidad La Maliciosa”, número de expediente 1/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil del contratante de la Mancomunidad de Municipios La Maliciosa, alojado en la PCSP, ambos en fecha 19 de mayo de 2023, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.394.070,37 euros y su plazo de duración será de dos años con posibilidad de prórroga hasta un total de cinco años.

El plazo de licitación termina el 23 de junio.

Segundo.- El 9 de junio de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fantasías Extraescolares, S.L., en el que solicita la anulación de los pliegos de condiciones por no incluir la información de los trabajadores objeto de subrogación.

Tercero.- El 9 de junio de 2023 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 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 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada por el recurrente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, este Tribunal no se pronuncia sobre dicha solicitud, por entrar directamente a la resolución del recurso.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse

de una persona jurídica potencial licitador, “*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 acuerdo impugnado fue publicado el 19 de mayo de 2023 e interpuesto el recurso en este Tribunal, el 9 de junio de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones, en el marco 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 Fantasías Extraescolares, S.L. solicita la anulación de los pliegos de condiciones basada en la ausencia de listados de personal susceptible de subrogación con el nuevo contratista.

Manifiesta que solicitada información al órgano de contratación sobre la ausencia de dichos listados es contestado que no existe personal a subrogar pues se trata de un servicio de nueva implantación por la Mancomunidad.

También refiere distintas preguntas y respuestas sobre el histórico de utilización de los servicios objeto de contratos, que son respondidas con mayor, menor o nulo contenido, pero que no forman parte del objeto principal del recurso planteado.

Respecto a la ausencia del listado de personal susceptible de subrogación informa que: “*Este contrato aglutina bajo una misma licitación servicios que, hasta la*

fecha, se han venido prestando de manera independiente, algunos de los cuales por la ahora recurrente. Entre los servicios ofertados, se incluyen:

- Primeros del cole: servicio de conciliación, desayunos y ludoteca previo al horario lectivo (lote 1 de la licitación).*
- Últimos del cole: servicio de conciliación, meriendas y ludoteca posteriores al horario lectivo (lote 1 de la licitación).*
- Servicio de apoyo higiénico infantil (lote 1 de la licitación).*
- Día sin cole: servicio de conciliación, ocio y tiempo libre para los días no lectivos del curso escolar (lote 2 de la licitación).*
- Campamentos: servicio de conciliación, ocio y tiempo libre para los periodos vacaciones del curso escolar (lote 3 de la licitación).*

Estos servicios se prestarían en los siguientes centros pertenecientes a la Mancomunidad, tal y como indica el propio órgano en su PPT:

- Colegio Villa de Guadarrama.*
- Colegio Sierra de Guadarrama.*
- Colegio Vía Romana de Cercedilla.*
- Colegio Virgen de la Paz de Collado Mediano.*
- CEIPSO Juan Ramón Jiménez de Becerril de la Sierra.*
- Colegio Divino Maestro de Los Molinos.*
- Colegio Príncipe de Asturias de Navacerrada.*

Cuando esta parte conoció de la publicación de la presente licitación, mostró interés y asombro al no haber recibido por parte del órgano de contratación ninguna petición del personal que prestaba actualmente los servicios responsabilidad de la recurrente a fin de que las licitadoras del nuevo procedimiento fueran conocedoras del personal subrogable existente y pudiesen hacer una correcta evaluación de los costes laborables, ya que la empresa que represento ha gestionado en los últimos años y gestiona actualmente alguno de estos servicios”.

Invoca el artículo 130 de la LCSP, así como los artículos 44 y del Estatuto de los Trabajadores y el 37 del III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, aprobado por la Resolución de 10 de marzo de

2021, de la Dirección General de Trabajo, y publicado en el BOE nº 69 de 22 de marzo de 2021, que establece. *“Con objeto de favorecer la estabilidad en el empleo, incluido en el ámbito de este Convenio, afectado por la dinámica de sustitución de adjudicatarios en los contratos, se establece el presente artículo, en virtud del cual la adjudicación de un contrato a una entidad o empresa para la gestión de un centro, servicio o programa que venía siendo gestionado anteriormente por otra entidad, supondrá el mantenimiento del empleo a través de la subrogación y de las nuevas contrataciones, en los términos que se desarrollan en este artículo.*

El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo, operará automáticamente con independencia del tipo y/o naturaleza y/o personalidad de la empresa o entidad de que se trate, ya sea persona/entidad física, jurídica o de cualquier clase. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento en los términos y condiciones que se establecen:

1. Para las empresas privadas o entidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que gestionan cualesquiera de los centros, actividades o programas previstos en los ámbitos del presente convenio colectivo, sean éstos de titularidad pública o privada, en los supuestos en los que se produzca el traspaso/cesión/cambio de la gestión, la adjudicación de la concesión a una nueva empresa o entidad, por finalización/rescisión/resolución del contrato y/o concesión y, concurso posterior, o bien cuando no haya concurso, nos encontremos ante un supuesto de rescate del servicio en base al artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, así como en el caso de asunción del mismo por la entidad titular o cualquier otra modificación que modificara el sistema de gestión del servicio, programa, acción, servicio o unidad que se estaba llevando, se estará ante un supuesto de subrogación de los derechos y obligaciones de los/as trabajadores/as con contrato en vigor, considerándose a todos sus efectos que existe sucesión en el servicio, recurso o unidad productiva que mantenga su identidad entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo la actividad. En cualquiera de estos supuestos, la nueva entidad se subrogará en las obligaciones y responsabilidades en relación a los trabajadores y trabajadoras que desarrollaban

sus funciones en el citado servicio, recurso o unidad productiva y que cuenten con al menos 4 meses de antigüedad.

Lo indicado con anterioridad será también de aplicación en el caso de que una entidad privada decida prestar directamente el servicio.

En este caso la entidad cedente deberá facilitar a la Administración Pública responsable, al inicio del expediente o acto administrativo que corresponda, la documentación que se relaciona en el apartado”.

A estas alegaciones el órgano de contratación se opone al considerar que los servicios anteriormente descritos por el recurrente no tienen el mismo objeto que el que ahora se licita, no se trata, tal y como pretende Fantasías Extraescolares, S.L., de unificar varios servicios dispersos en un solo contrato y manifiesta textualmente que:

“Que el sujeto contratante la Mancomunidad de Servicios Sociales y Mujer La Maliciosa, es una Entidad Local y se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Administraciones Públicas el día 12 de marzo de 2004 y con número registral 0528046; y por su objeto también se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Centros y Servicios de la Comunidad de Madrid con el número C2907; en consecuencia, es una Administración Pública Local con personalidad jurídica independiente de los municipios mancomunados.

2. Que, en consecuencia, lo que se recurre es el expediente de un contrato administrativo de servicios tramitado por una Administración Pública Local: Mancomunidad de Servicios Sociales y Mujer La Maliciosa.

3. Que la causa del contrato es favorecer la Conciliación familiar y laboral de las familias en su ámbito territorial de conformidad con los “Fines de la Mancomunidad” conforme a sus Estatutos en el marco de la prestación de los Servicios Sociales conveniados con la Comunidad de Madrid.

4. Que la finalidad del contrato se concretan en establecer “...un conjunto de medidas encaminadas a favorecer que el trabajador/a tenga unas condiciones más beneficiosas a la hora de desarrollar su carrera profesional sin perjuicio de su vida personal y familiar. Es un concepto que también se entiende desde la igualdad de

género, en base a una reestructuración de los sistemas de trabajo y sociales con el fin de conseguir una participación más equitativa de hombres y mujeres en el mercado laboral y en la vida familiar. (Cláusula 3.3 PCAP)”.

5. Que la financiación del contrato se realiza parcialmente por la Mancomunidad por la previsión de copago por los usuarios. Esta financiación parcial de la Mancomunidad se corresponde, a su vez, con unas nuevas líneas de financiación de Proyectos para el ejercicio 2023 de la Comunidad de Madrid a través del Convenio de Atención Primaria y el programa “Corresponsables”.

6. Que el objeto del contrato queda claramente definido en los Lotes que figuran en la Cláusula 4ª del PCAP sin que se corresponda en sus prestaciones con ninguna que realizara o subvencionara la Mancomunidad con anterioridad; haciendo especial hincapié en que el objeto del contrato se corresponde con la causa, es decir, la conciliación familiar y laboral y que, por tanto, no se trata de contratar actividades extraescolares o de extensión educativa ajenas a dicha conciliación.

7. Que los destinatarios del Servicios son las familias del ámbito territorial de la Mancomunidad independientemente de se encuentren o no empadronadas en los municipios mancomunados e independientemente de que se trate de alumnos matriculados en uno u otro Centro escolar. Mención especial, por ser claramente diferenciador de otros servicios prestados por otras entidades, requiere la definición de usuarios con discapacidades a la que se presta un dedicación especial en PPT y PCAP.

En consecuencia, el contrato administrativo que se recurre tiene por objeto un servicio de nueva implantación de prestación de recursos de conciliación para familias de la Mancomunidad de Servicios Sociales y Mujer La Maliciosa dado que ni por sujeto contratante, ni por causa ni por finalidad ni por financiación ni por objeto ni por destinatarios se prestaba anteriormente en la Mancomunidad de forma que se concluye que la información suministrada a los posibles licitadores en la Plataforma de Contratación del Estado como en el Perfil del contratante es veraz”.

Conviene señalar en este momento, los requerimientos de personal que establece el PPTP en su artículo 3.2:

“- Personal asignado al servicio: Para la prestación de los servicios de los diferentes lotes, la entidad adjudicataria, sin perjuicio de la plantilla que configura su estructura empresarial, dispondrá, al menos, del personal que se detalla a continuación:

LOTE NÚMERO 1:

- 15 monitores/as de ocio y tiempo libre para el servicio de desayunos activos*
- 12 monitores/as de ocio y tiempo libre para el servicio de últimos del cole*
- 2 monitores/as de ocio y tiempo libre, auxiliares higiénico-infantil*
- 1 coordinador/a de ocio y tiempo libre.*

LOTE NÚMERO 2:

- 10 monitores/as de ocio y tiempo libre*
- 1 coordinador/a de ocio y tiempo libre*

LOTE NÚMERO 3:

- 33 monitores/as de ocio y tiempo libre*
- 2 coordinadores/as de ocio y tiempo libre”.*

Asimismo, conviene destacar que el convenio colectivo sectorial referido por el órgano de contratación en su informe de necesidad de fecha 8 de mayo de 2023, y sobre el cual se han calculado los costes salariales, es el referido por el recurrente, III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, aprobado por la Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo y publicado en el BOE nº 69 de 22 de marzo de 2021.

Vistas las posiciones de las partes y su acomodo legal, este Tribunal debe acudir al artículo 130 de la LCSP para discernir, si en esta licitación debe suministrarse la información requerida por el recurrente o bien no es necesaria, al tratarse de un nuevo servicio local que no impide ni anula los anteriores contratos que sobre el mismo objeto se llevaban a cabo por encargo especialmente de las asociaciones de padres y madres de alumnos.

El artículo 130 en su primer apartado establece: “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”.

De la lectura del precepto anterior se desprende claramente que la obligación del poder adjudicador de informar sobre los trabajadores con derecho a la subrogación solo opera cuando se trate de una contratación cuyo objeto sea idéntico y haya sido adjudicada anteriormente por un poder adjudicador. Es decir, en aquellos servicios de tracto sucesivo, en los que por el transcurso del plazo del contrato deber convocarse una nueva licitación.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una nueva contratación provocada por el establecimiento de un nuevo servicio público, que, en ningún caso, anula la prestación de algunos de los servicios similares con el nuevo y que son prestados mediante iniciativa privada.

La subrogación en este caso entendemos que sería entre los actuales y nuevos contratistas, si las asociaciones de padres y madres de alumnos (actuales contratantes), resolvieran y promoviesen una nueva contratación, bien por transcurso del plazo del contrato o por otros motivos.

Por todo ello, se acuerda desestimar el recurso interpuesto.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fantasías Extraescolares S.L. contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones, publicados el 19 de mayo de 2023, que regirán la contratación del servicio “prestación de recursos de conciliación para las familias que residen en algunos de los municipios integrantes de la Mancomunidad La Maliciosa”, número de expediente 1/2023.

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 multa prevista en el artículo 58 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 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.