

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

En Madrid, a 15 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la organización sindical CCOO de Madrid contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de socorrismo y actividades deportivas de la Ciudad Deportiva Municipal de Alcalá de Henares” número de expediente 80, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 11 de junio de 2021 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público y el 14 de junio de 2021 en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 5.469.472,65 euros y su plazo de duración será de 34 meses con posibilidad de 2 prórrogas de 1 año cada una.

Segundo.- El 6 de julio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la organización sindical Comisiones Obreras de Madrid en el que solicita que se modifique el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato y modificar el Convenio Colectivo aplicable, para que sea el Convenio Colectivo de Piscinas e Instalaciones Acuáticas de Madrid el de aplicación.

El 12 de julio de 2021, 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), solicitando la desestimación del recurso.

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Resolución de 12 de julio de 2021 de la Vicepresidencia del Organismo Autónomo Ciudad Deportiva Municipal hasta que se resuelva el recurso por este Tribunal.

Cuarto.- 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 Comisiones obreras que impugna varios aspectos de la licitación que afectan a los derechos laborales de los trabajadores que van a prestar el servicio, ya que se refieren al convenio colectivo de aplicación y en consecuencia al presupuesto base de licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al establecer que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados en la plataforma de la contratación del sector público el 15 de junio de 2021, e interpuesto el recurso el 6 de julio de 2021, 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, 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 interesa destacar las siguientes cláusulas.

La cláusula 2 del PCAP establece *“El presupuesto máximo de licitación asciende a la cantidad de 1.369.254'19.- euros/año que se corresponden con 1.131.615'03.- euros más 237.639'16 euros en concepto de IVA. El precio unitario de*

monitores y socorristas por hora de trabajo efectiva es de 18'14.- euros / hora IVA excluido y el precio unitario de coordinación de actividades deportivas por hora de trabajo efectiva es de 29'32.- euros/ hora IVA excluido”.

La cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP) dispone que *“La empresa adjudicataria se deberá ajustar a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación vigente durante toda la ejecución del contrato. Se informa que el convenio colectivo del sector de aplicación a este contrato es el IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (2018)”.*

En la cláusula octava del PPTP **“Lugar de prestación de los servicios**

El servicio correspondiente a éste expediente se ejecutará en cualquiera de las instalaciones deportivas de propiedad municipal o en cualquier otro espacio que determine CDM; sin sobrepasar los términos geográficos de la ciudad de Alcalá de Henares.

Instalaciones actuales de gestión municipal de la ciudad de Alcalá de Henares:
CDM Espartales, sita en Avda. de los Jesuitas, 44 (acceso vehículos); con Avda. Villamalea, 2 (acceso peatonal) (28805).

CDM Juncal, sita en Avd. Madrid, 9 (28802).

CDM Val, sita en Avd. Virgen del Val, 4 (28804).

Piscina en temporada estival Parque O'Donnell, sita en Avd. Daganzo S/N (28807).

Parque Deportivo El Ensanche, sita en c / Gonzalo Torrente Ballester, 29 (28806).

Las características técnicas de las instalaciones donde actualmente se presta servicio disponible en el Anexo I”.

En el Anexo 4 se relacionan los trabajadores subrogables en dos bloques.

En el primero, los trabajadores subrogables (36) de la Ciudad Deportiva el Val y Ciudad Deportiva Juncal que consta que estos trabajadores están adscritos al Convenio Colectivo de Piscinas e Instalaciones Acuáticas de Madrid.

El segundo bloque, correspondiente a los trabajadores subrogables (27) de la Ciudad Deportiva Espartales que consta que estos trabajadores están adscritos al IV Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

Al respecto el recurrente cita diversas disposiciones de ambos convenios y que el 14 de junio de 2021 la representación de los trabajadores y la empresa que actualmente presta los servicios que se licitan, EBONE Servicios Integrales S.L., llegaron a un acuerdo de mediación ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid que resolvió un conflicto existente que no tiene reflejo en los pliegos de condiciones del nuevo contrato y que debió considerarse a efectos presupuestarios y de toda índole.

Manifiesta el recurrente que *“El precio unitario de monitores y socorristas por hora de trabajo efectiva, fijado en los pliegos en 18'14 euros/hora, IVA excluido, es claramente insuficiente y compromete seria y fundadamente el futuro de los puestos de trabajo.*

El precio hora que perciben los trabajadores de CDM Val y CDM Juncal actualmente está en torno a los 13,50 €/hora. Estos trabajadores tienen una antigüedad media de unos 10 – 12 años, retribuida al 8% del salario base. El coste total supone sumar los asociados de Seguridad Social, y también la parte de gastos generales y beneficio industrial de la empresa. El cálculo del precio/hora establecido en el pliego de condiciones implica un riesgo: que la empresa adjudicataria no se pueda hacer cargo de los costes salariales, lo que se podría traducir con mucha probabilidad en despidos o en el menoscabo de las condiciones de los trabajadores.

Si además tenemos en cuenta que el PPTP prevé una disminución del número de trabajadores en distintas franjas horarias –en algunas de ellas está prevista una disminución de 7 a 3 monitores, nada menos– el peligro de despidos adquiere un alto nivel de certeza. Es más, la distribución del número de personas necesarias para llevar a cabo el servicio es totalmente irregular a lo largo del horario de apertura de las actividades, lo que hace insostenible mantener la plantilla.

En definitiva: la configuración del servicio y el precio unitario de monitores y socorristas por hora de trabajo efectiva fijado significa que la administración no asume el coste real total del personal de un servicio cuya prestación esencial es precisamente la mano de obra”.

En resumen, considera que el precio precariza las condiciones de los trabajadores, cuestión que enlaza directamente con el convenio de aplicación, señalando que toda la plantilla objeto de subrogación, salvo el CDM Espartales está adscrita al Convenio Colectivo de Piscinas e Instalaciones Acuáticas de Madrid y que dicho convenio es indudablemente más favorable que el IV Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, siendo de aplicación el convenio colectivo de ámbito inferior por ser de aplicación supletoria.

Pretende la recurrente que se aplique a todos los trabajadores el convenio de la Comunidad de Madrid que es más beneficioso, así los trabajadores de Espartales verían mejoradas sus condiciones de trabajo y los del Juncal y el Val mantendrían su complemento de antigüedad.

Por ello considera que, el PPTP al fijar en su cláusula 5 como de aplicación el convenio estatal, hurta a los trabajadores del amparo legal y convencional que les otorga el acogimiento al que incluya las condiciones más beneficiosas en caso de concurrencia.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que en esta licitación se han incluido en su totalidad los costes de sus trabajadores (costes directos), tomando como referencia la tabla salarial del 2020 del Convenio Colectivo de Piscinas e Instalaciones Acuáticas de la Comunidad de Madrid, incluyendo en cada uno de ellos sus correspondientes pagas y trienios, atendiendo al art. 5 Concurrencia de Convenios del IV Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

En relación con el Convenio de aplicación al contrato, manifiesta el órgano de contratación que el que es más acorde a las necesidades del servicio es el IV Convenio Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios del 2018, debido a que es el Convenio más actual, que engloba todas las categorías y modalidades que presta y pueden desarrollarse en esa licitación, y que más se ajusta a las necesidades deportivas que posee y engloba la ciudad de Alcalá.

Al respecto destaca que el objeto del contrato es la prestación de servicios deportivos y socorrismo gestionados desde el Organismo Autónomo Ciudad Deportiva Municipal, cuya necesidad es satisfacer la promoción, desarrollo fomento de la actividad física, así como la correcta prestación de los servicios públicos deportivos municipales (Cláusula 1 PPTP-PCA) y que el servicio correspondiente se ejecutará en cualquiera de las instalaciones deportivas propiedad municipal o en cualquier otro espacio que determine la Ciudad Deportiva Municipal, sin sobrepasar los términos geográficos de la Ciudad de Alcalá de Henares (Cláusula 8 del PPTP). Queriendo llegar así a todos los espacios que posee la ciudad, teniendo la posibilidad de expandir la actividad física a cada espacio donde pueda prestar cualquier servicio deportivo; ofreciendo la posibilidad de ampliar las posibilidades laborales, ya que en contratos anteriores, ciñéndonos al servicio en las instalaciones deportivas expuestas limitaba la promoción y desarrollo de la actividad física a las instalaciones. sin dar servicio, ni respuesta a la necesidad inherente de la sociedad que actualmente por la situación ocasionada por la COVID19, ha dejado de desarrollar gran parte de su actividad física en los espacios deportivos. Fruto de ello, considera que se deriva en mayores oportunidades laborales, que de manera directa beneficiará a los intereses de todos/as los/las trabajadores/as que actualmente prestan el servicio.

En cuanto al acuerdo alcanzado por los representantes de los trabajadores y la actual empresa adjudicataria, el órgano de contratación manifiesta que: *“ese acuerdo es de carácter interno entre empresa y trabajadores; el mismo nace del no abono de la actual empresa adjudicataria del servido EBONE S.L. de tres mensualidades correspondientes a la antigüedad sus trabajadores cuando desde el Organismo*

Autónomo Ciudad Deportiva Municipal, esos meses que la empresa no ha querido pagar las antigüedades de sus trabajadores, se les ha abonado la totalidad de horas de los servicios prestados.

Es más, el acuerdo tiene como título principal “Acuerdo de renuncia de parte de trienios e incremento salarial del 2.5% no absorbible”.

Además, ese pacto, en ningún momento ha sido consensuado con Ciudad Deportiva Municipal; y como indico, nace de un ahorro que la actual empresa adjudicataria del servicio quiere tener habiendo cobrado por parte de Ciudad Deportiva Municipal, Organismo Autónomo Ciudad Deportiva Municipal, proporcionando un perjuicio económico para el resto de vida del servicio de actividades deportivas de ahora en adelante si se diera el caso.

No obstante, la actual empresa adjudicataria del servicio ha presentado notificaciones oficiales que se contradice al respecto a este incremento salarial”.

Al respecto adjunta un informe económico suscrito por el Técnico del Servicio de Análisis Económico en el que consta

Total coste salarial noviembre-2021-agosto 2026..... 4.912.126,02 €

Total coste salarial noviembre 2021-agosto 2026	4.912.126,02 €
Incremento salarial 2,5%	122.803,15 €
Renuncia antigüedad noviembre 2020-enero 2021	53.596,36 €
Diferencia Incremento de salarios-renuncia antigüedad	69.206,79 €

A continuación, el órgano de contratación hace referencia a algunas consultas efectuadas por los licitadores y finalmente considera que los datos proporcionados, son justificativos de que el pliego es correcto y debe continuar su proceso de adjudicación.

Vistas las alegaciones de las partes procede realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la organización sindical indica que los trabajadores que van a ser subrogados actualmente, el precio hora de los monitores y socorristas esta en torno a los 13,50 euros/hora, precio al que hay que sumar antigüedad, y los asociados a la seguridad social y gastos generales y beneficio industrial. Por ello considera que el precio hora establecido en el pliego implica que la empresa adjudicataria no se puede hacer cargo de los costes salariales.

Esta afirmación ha de tomarse como una simple manifestación pues en ningún momento la recurrente realiza una comparativa de esa diferencia de costes de personal, ni cuantifica los mismos a los efectos de acreditar la inviabilidad del presupuesto base de licitación. En este punto recordar que el precio hora de trabajo efectivo está fijado en 18,14 euros para los monitores y socorrista y en 29,32 los coordinadores respecto de los que no se pronuncia la recurrente.

Igual apreciación se puede hacer respecto a la alegación sobre que el PPT prevé una disminución del número de trabajadores en distintas franjas horas (de 7 a 3 monitores) que supone el peligro de despidos con un alto nivel de certeza.

Este Tribunal, como ha manifestado en anteriores resoluciones, baste mencionar la 137/2019 de 11 de abril, citada por el órgano de contratación en su informe, viene manteniendo que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar. Ambos conceptos no tienen que ser coincidentes y la prestación puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. El contratista mediante su política de recursos humanos puede incorporar nuevo personal o adscribir a otros servicios el subrogado. No se puede admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un

Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales pero no necesariamente de las horas ni del personal que las venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.

En consecuencia, se desestima la pretensión del recurrente.

En cuanto a la falta de incorporación en los pliegos del Acto de mediación llevado a cabo el 14 de junio de 2021 ante el órgano de mediación del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid entre el actual adjudicatario y los representantes de la empresa hay que remitirse a lo establecido en el artículo 130 de la LCSP relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. *“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 lo expuesto se observa que entre la información que debe proporcionar el actual adjudicatario se incluye *“los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación”*. Por ello se deberá incorporar a los pliegos dicho Acto de Mediación para conocimiento de los licitadores .

En cuanto a la incorporación del acuerdo de mediación en los pliegos a efectos presupuestarios la recurrente no cuantifica el importe, cálculo que si realiza el órgano de contratación en su contestación al recurso. Además según consta en el expediente los trámites para iniciar el presente procedimiento de licitación se iniciaron el 15 de enero de 2021 y el presupuesto base de licitación se determinó el 5 de abril de 2021, siendo muy anterior a la fecha del acuerdo de mediación adoptado, el 14 de junio de 2021, pero es más como se ha apuntado anteriormente *“el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato”*.

En consecuencia, se desestima la pretensión de la recurrente al no quedar desvirtuado que el presupuesto base de licitación no sea adecuado a los precios del mercado.

Por lo que se refiere al Convenio aplicable a este contrato. El PPTP establece que en la cláusula 1 que *“el objeto del contrato es la prestación de los servicios deportivos y socorrismo gestionados desde el Organismo Autónomo Ciudad Deportiva Municipal (CDM de aquí en adelante) de Alcalá de Henares. La necesidad administrativa a satisfacer es la promoción, desarrollo y fomento de la actividad física*

y el deporte, así como la correcta prestación de los servicios públicos deportivos municipales”.

Y en la cláusula 10. “Descripción de los servicios a ejecutar. Este contrato comprenderá la correcta planificación, ejecución y seguimiento de un servicio integral de actividades deportivas municipales gestionadas y evaluadas desde CDM. El mismo comprende las modalidades de: Salvamento y Socorrismo, Monitor/a de Actividades (Acuáticas, de Sala Fitness, Actividades Dirigidas y Mixtas); y su correspondiente Coordinación de Actividades”.

De lo anterior se desprende que el objeto del contrato no son labores únicamente de socorrismo en piscinas, sino que también se trata de monitores de natación, sala fitness, actividades dirigidas (yoga, acondicionamiento físico, pilates). En consecuencia, la diversidad de prestaciones influirá en el convenio colectivo de aplicación.

En definitiva, el motivo esgrimido es de índole laboral y no corresponde a este Tribunal dirimir cuestiones residenciables ante la jurisdicción social como sería la determinación del Convenio aplicable al contrato de referencia.

Dicho criterio es el que ha mantenido este Tribunal en distintas resoluciones, basta citar la Resolución 286/2018 o más concretamente la Resolución 107/2016 de 1 de junio: *“No corresponde al Tribunal pronunciarse sobre el convenio colectivo aplicable a una relación laboral, en concreto a la derivada de la ejecución del contrato. Por tanto, en una primera aproximación no puede pronunciarse sobre la petición contenida en el recurso de que se declare que no procede la aplicación de un convenio determinado o únicamente aplicable el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Se trata de una competencia propia de la jurisdicción laboral”.*

Por último, señalar que una vez resuelto el recurso, el órgano de contratación deberá levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada mediante Resolución de 12 de julio de 2021 de la Vicepresidencia del Organismo Autónomo Ciudad Deportiva Municipal.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la organización sindical CCOO de Madrid contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de socorrismo y actividades deportivas de la Ciudad Deportiva Municipal de Alcalá de Henares” número de expediente 80, debiendo incluirse en el contenido de los pliegos el Acuerdo de 14 de junio de 2021, adoptado por los representantes de los trabajadores y el actual prestador del servicio, ante el órgano de mediación del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid.

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.- 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.