

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

En Madrid, a 13 de Febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.E., en nombre y representación de Federación de Empleadas y Empleados de los Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores de Madrid contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Condiciones Técnicas del contrato “Servicio de laboratorio clínico correspondiente a la población incluida en el área de influencia de los Hospitales Infanta Sofía, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Sureste, Henares y el Hospital del Tajo de la Comunidad de Madrid, a adjudicar por el procedimiento abierto con pluralidad de criterios” este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19 de diciembre de 2018 y 28 de diciembre de 2018 se publicó respectivamente en el D.O.U.E. y en el B.O.C.M., el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Así mismo se publicó en el Portal de la Contratación el 21 de diciembre de 2018.

El valor estimado del contrato es de 112.848.707,19 euros y un plazo de duración de 36 meses.

Segundo.- El 16 de enero de 2019, la Federación de Empleadas y Empleados de los Servicios Públicos (FEESP) de la Unión General de Trabajadores de Madrid presenta recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato de referencia.

Los motivos del recurso son:

- 1- Falta de motivación de la memoria justificativa de la insuficiencia de medios.
- 2- Corrección del precio del contrato, al ser la memoria económica insuficiente.
- 3- Ausencia en los Pliegos de Condiciones a referencia alguna a la subrogación de los trabajadores.

Tercero.- Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 23 de enero de 2019.

El órgano de contratación que los cálculos económicos realizados por el recurrente son erróneos y solicita la desestimación del recurso.

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.- Especial consideración merece el análisis de la legitimación del recurrente para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

La vigente de Ley de Contratos del Sector Público introdujo con carácter novedoso la regulación de forma expresa de la legitimación de las organizaciones sindicales en la interposición de recursos especiales en materia de contratación. En este sentido el artículo 48 señala *“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. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

No obstante, esta legitimación ya venía siendo reconocida y acotada a través de la jurisprudencia y de las diversas resoluciones de los Tribunales de Resolución de Recursos Contractuales, en base a la legitimación prevista en el artículo 42 del TRLCSP.

Como muestra que resume ese criterio podemos citar la Resolución 534/2018 del TACRC donde se señala que *“En relación con la legitimación de la recurrente, FTSP-USO, procede traer a colación la doctrina de este Tribunal, entre otras, en su Resolución 524/2017, de 17 de junio, en la que se establece que: ‘En cuanto a la legitimación activa del Sindicato recurrente, hemos de recordar en este punto que el TRLCSP (artículo 42) reconoce legitimación activa para la interposición del recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. A tal efecto, citaremos la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Cuarta, de fecha 6 de julio de 2016, que viene*

asentar los principios en que este Tribunal debe realizar la interpretación del instituto de la legitimación activa, que a su vez relaciona con la doctrina incontrovertida del Tribunal Constitucional al respecto, así se señala en la Sentencia de la Audiencia Nacional: En relación con el concepto de interés legítimo sobre el que gravita el reconocimiento de legitimación existe una acabada jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso referida al alcance con el que cabe reconocerla a los sindicatos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Según esta jurisprudencia (por todas STS de 17 de mayo de 2005, rec. cas. 5111/2002, dictada precisamente en materia contractual), la legitimatio ad causam de la parte recurrente viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción del prestigio profesional o científico inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad. Así, el Tribunal Supremo ha insistido en que “la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento’.”

Este mismo reconocimiento de un interés legítimo a los sindicatos se realiza mediante doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional, entre otras en STC 148/2014, de 22 de septiembre.

Este Tribunal se ha pronunciado en sentido semejante en diversas Resoluciones entre ellas la 127/2018 donde se afirma *“Por lo tanto debe señalarse que, si bien el sindicato podría tener legitimación ad procesum, el motivo alegado no le otorga interés legítimo para recurrir, legitimación ad causam, ya que en primer lugar, la hipotética estimación del recurso no le depararía ni al sindicato ni a los trabajadores que pueda representar, beneficio alguno más allá del interés en la correcta aplicación de la ley de contratos y del Pliego en cuanto a los requisitos exigidos para la prestación del servicio”*.

En base a los criterios jurisprudenciales mencionados, se debe entender que la legitimación de la organización sindical solo será admisible cuando se de una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores afectados.

El citado artículo 48 supedita la legitimación a *“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”*.

Respecto a recurso presentado por la FEESP de la Unión General de Trabajadores, hay que distinguir dos supuestos referidos a los diferentes motivos de recurso.

El primero se refiere a los motivos de falta de contenido y justificación de la memoria justificativa de la insuficiencia de medios, considerando el sindicato que la gestión directa del servicio es la más idónea y por otro considerando injustificada la Memoria económica del contrato, realizando cálculos comparativos respecto del contrato anterior, solicitando la corrección del precio del contrato.

Sin perjuicio de que los cálculos económicos que realiza el recurrente son erróneos en cuanto que hace el cálculo para un periodo de vigencia del contrato de 8 años (plazo del anterior contrato) cuando el plazo actual es de 4 años, realizando cálculos sobre una hipotética baja de 20% desconociéndose los criterios en que se basa, conviene traer a colación la Resolución 534/2018 del TACRC que señala *“A este respecto debemos señalar que la recurrente confunde dos situaciones distintas, a saber: el precio que el contratista recibirá del poder adjudicador, que como regla general no estará sujeta a revisión, salvo que concurran los requisitos previstos en el artículo 89 del TRLCSP –que no es el caso-; y, otra, las obligaciones entre el contratista y sus trabajadores, a las que es ajeno el poder adjudicador de que se trate, y que se regularán por el derecho laboral, y, particularmente, por el Convenio Colectivo Estatuario aplicable. Por tanto, las estipulaciones del PCAP no derogan, modifican, alteran o enervan los preceptos del Convenio Colectivo aplicable. Por ello, la ausencia, obligada por Ley, por lo demás, de revisión de precios, únicamente incide en el riesgo y ventura del contratista, pero no afecta a los incrementos salariales que procedan de la norma colectiva aplicable al personal del contratista, por lo que debe inadmitirse también la legitimación activa del sindicato recurrente respecto de esta alegación de recurso”*.

En nuestra Resolución 62/2018 este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse al respecto sobre el motivo de insuficiencia del presupuesto de licitación *“ A la vista de estos motivos, el Tribunal considera que no existe un interés legítimo del Sindicato respecto de estas cuestiones en tanto que se trata de aspectos de legalidad general o de condiciones de la licitación (criterios de adjudicación, presupuesto, requisitos técnicos del material) y de la propia ejecución del contrato (actuaciones a realizar) que podrían afectar a los licitadores pero que se encuentran fuera del ámbito de los intereses de los trabajadores que son, en definitiva los representados por el Sindicato. Debe concluirse por tanto que las condiciones económicas y técnicas de la licitación, impugnadas en el recurso y a las que venimos haciendo referencia, exceden del ámbito de las relaciones laborales, por lo que deben inadmitirse los motivos de recurso mencionados por falta de legitimación activa”*.

Por ello, dado que estos motivos de impugnación se refieren a condiciones económicas y técnicas de la licitación, no procede admitir la legitimación para estos motivos.

Cosa distinta sucede con el segundo motivo del recurso que se refiere a la ausencia en los Pliegos de Condiciones de referencia alguna a la subrogación de los trabajadores que prestan sus servicios actualmente.

A este respecto resulta conveniente referirnos a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) en el recurso 292/2015 en la que tras la exposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del tribunal Constitucional al respecto, acaba reconociendo legitimación al sindicato recurrente. En concreto señala que: *“SEXTO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso controvertido nos lleva reconocer al sindicato recurrente interés legítimo en la impugnación de la licitación que se encuentra en el origen de este recurso contencioso-administrativo. En efecto, lo que el sindicato pretendía era que el pliego de condiciones al que se sometía la licitación incorporara la obligación de quien resultara adjudicatario del contrato de subrogarse en la totalidad de las relaciones laborales del personal adscrito a la línea de transporte de viajeros objeto de contratación, y lo pretendía además con fundamento en la pretendida vinculación de la Administración al convenio colectivo sectorial aplicable a la hora de aprobar el pliego de condiciones. Pues bien, más allá de si esta pretensión se encuentra o no fundada y, en consecuencia del éxito o fracaso de la misma, resulta patente que el sindicato recurrente pretendía la defensa de los intereses de los trabajadores que prestaban servicio para la concesionaria, postulando la continuidad de su relación laboral con la concesionaria que resultase adjudicataria, y que además lo hacía esgrimiendo la aplicación del convenio colectivo sectorial aplicable. En definitiva, el sindicato recurrente suscitaba una cuestión que afectaba de lleno a los intereses de los trabajadores cuya defensa y promoción tiene constitucionalmente atribuida ex art. 7 CE, cuestión que no cabe identificar con una defensa abstracta de*

la legalidad de la actuación administrativa sino conexión directa con los trabajadores y que, en consecuencia, llena por completo las exigencias de la caracterización como “legítimo” del interés esgrimido por el sindicato recurrente como atributivo de legitimación activa”. Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, no podemos sino aceptar la legitimación activa del sindicato en la interposición de la cuestión de nulidad que nos ocupa. En efecto, el sindicato recurrente, tal y como alega en su escrito, representa los intereses”.

Procede por tanto reconocer la legitimación del sindicato en cuanto al motivo relativo a la ausencia de información sobre la obligación de subrogación de los trabajadores.

En este caso, resulta evidente que la inclusión en los Pliegos de Condiciones de la cláusula que obligase al nuevo contratista a la subrogación del personal que actualmente presta servicios en la concesionaria, afecta de un modo directo y efectivo a los trabajadores, lo que, sin prejuzgar la estimación o desestimación del motivo, procede aceptar la legitimación del recurrente para este motivo.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la publicación de los Pliegos se realizó el 21 de diciembre de 2018, por lo que el recurso presentado el día 16 de enero de 2019, se interpuso en plazo.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurrente fundamenta su recurso una *“clara omisión en el Pliego de Condiciones, a saber, la absoluta falta de referencia a la subrogación del personal que presta sus servicios actualmente para la concesionaria B.R. Salud S.A. y que, al contrario de lo que sucedía en el anterior Pliego de Condiciones, no figura la Subrogación del Personal como Obligación del Contratista”*.

Al respecto, el Artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dispone que: *“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.”

Respecto a la obligación de subrogación, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de que dicha obligación no es impuesta o excluida por la voluntad del órgano de contratación en los pliegos, sino que vendrá determinada por lo que al respecto determine la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación y en

las condiciones así establecidas, debiendo contener los pliegos esta obligación a efectos meramente informativos, con el objeto de que las ofertas presentadas tengan en cuenta esta circunstancia.

En este sentido la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2011*, señala que *“la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley 30/2.007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público”*.

En el mismo sentido la Resolución 58/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 10 de mayo de 2013 que afirma que “la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro que lo venía prestando, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de la actividad de que se trate”.

Finalmente mencionar Resolución 36/2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 17 de enero de 2014 *“debe señalarse que esta cuestión no viene determinada por los pliegos sino por la legislación laboral vigente. De forma que si los Convenios Colectivos sólo establecen la subrogación para los auxiliares de servicio en la Comunidad Foral de Navarra, no cabe que el órgano de contratación esté obligado a “extender” la obligación de subrogación para los trabajadores que estén fuera de esta Comunidad Autónoma y a los que no afecte*

dicho Convenio Colectivo. No existiendo, por lo tanto, ninguna vulneración del principio de igualdad de trato, en relación a los vigilantes de seguridad”.

Procede por tanto, determinar si el convenio aplicable establece la obligación de subrogación en los términos citados. El Convenio Colectivo del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos, suscrito por la Asociación de Centros y Empresas de Hospitalización Privada de la Región Centro, Asociación de Clínicas Dentales de Madrid, CC OO, FSES-SATSE y UGT, publicado en el BOCM el 19 de mayo de 2018, no recoge en ninguna de sus cláusulas la obligación de subrogación.

Por todo cuanto antecede, el órgano de contratación no tiene ninguna obligación de incluir en los Pliegos la subrogación del personal que presta sus servicios con la actual adjudicataria del contrato.

Por todo ello, debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 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 interpuesto por don F.G.E., en nombre y representación de Federación de Empleadas y Empleados de los Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores de Madrid contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Condiciones Técnicas del contrato “Servicio de laboratorio clínico correspondiente a la población incluida en el área de influencia de los Hospitales Infanta Sofía, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Sureste, Henares y el Hospital del Tajo

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.