

Recurso nº 158/2022
Resolución nº 191/2022

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (en adelante AEESDAP), contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán el contrato de “Servicio de actividades deportivas en instalaciones deportivas municipales” del municipio de Las Rozas de Madrid, número de expediente 2022005SER, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 24 de marzo de 2022, en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Las Rozas alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público se publicó la convocatoria de licitación y los pliegos del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 5 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 5.137.968,45 euros y su plazo de duración será de un año.

Segundo.- El 18 de abril de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de AEESDAP en el que solicita se declare la nulidad o, subsidiariamente, se anulen el anuncio de licitación y los pliegos de referencia y el procedimiento de licitación. Se solicita asimismo la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

El 4 de mayo de 2022, 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).

Tercero.- Este Tribunal, a la vista de lo establecido en el artículo 49.4 LCSP no consideró necesario adoptar acuerdo alguno en relación a la medida cautelar solicitada por el recurrente, al proceder directamente a la resolución del recurso y recoger el órgano de contratación en su informe que procede la suspensión del procedimiento y anulación del expediente de contratación, retrotrayendo las actuaciones al momento de redacción de los pliegos.

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 persona legitimada para ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 LCSP, al configurarse la AEESDAP como una organización empresarial sectorial representativa de los intereses de los afectados y cuyo objeto se corresponde con el del contrato.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado se publicó el 24 de marzo de 2022 y se interpuesto el recurso el 18 de abril de 2022, 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 y los pliegos 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, el recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

- 1- Nulidad de la cláusula XX del PCAP por incumplimiento del artículo 145.4 LCSP, al no haberse respetado la ponderación mínima del 51% de los criterios para la adjudicación del contrato relacionados con la calidad.

- 2- Nulidad de la cláusula XXIX en sus apartados 6 y 12, en relación al establecimiento de obligaciones en los pliegos que exceden del ámbito de la contratación, pues solo pueden ser impuestas por la normativa laboral.

- 3- Nulidad de la cláusula XXI por establecimiento de una condición especial de ejecución de carácter social que excede igualmente del ámbito de la contratación pública.

1.- En relación al incumplimiento de la **Cláusula XX del PCAP** de lo establecido por la LCSP para los criterios de adjudicación, alega el recurrente que el órgano de contratación ha asignado una ponderación del criterio precio (criterio cuantitativo) del 90% en todos los lotes, que no cumple lo establecido en el artículo 145.4 de la LCSP, tratándose de un contrato de los servicios especiales incluidos en el Anexo IV de la LCSP (nótese que el *CPV 92600000-7 de Servicios deportivos* se encuentra dentro del listado de códigos CPV incluidos en el anexo IV), listado al que se refiere el artículo 145.4 cuando establece que en dichos contratos de servicios los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. Considera igualmente que nos encontramos también ante un contrato de servicios intensivos en mano de obra.

Coincide el órgano de contratación en su informe con esta consideración del recurrente, entendiéndolo que *“procede estimar la alegación aludida y por tanto anular los criterios incluidos en el pliego y establecer unos nuevos que cumplan con la obligación del artículo 145.4 párrafo segundo, de tal forma que los criterios relacionados con la calidad ponderen al menos un 51% del total”*.

Pese a esta manifestación del órgano de contratación, tal como ya se pronunciara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015, de 11 de marzo de 2015 y, más recientemente en la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: *“El TRLCSP no*

admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa)”. “Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión”.

Dispone a este respecto el artículo 145 de la LCSP que en los contratos de servicios del Anexo IV los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Este Tribunal comprueba que el CPV asignado a este contrato es 92600000-7 Servicios Deportivos, y que este código se encuentra incluido en el anexo IV, de modo que la obligación a que se refiere el artículo 145.4, es aplicable a este contrato; sin embargo, la Cláusula XX del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incluye, para todos los lotes y sobre un total de 100 puntos, una ponderación del criterio precio de 90 puntos, lo que supone el 90% de los criterios de adjudicación; valorándose con 10 puntos (10% de la puntuación total) el ofrecimiento de una bolsa de horas del deporte o actividad correspondiente a cada uno de los lotes.

Procede, en consecuencia, estimar la alegación del recurrente en lo que se refiere a la anulación de la cláusula XX del pliego de administrativas.

El allanamiento del órgano de contratación a la pretensión del recurrente y a la aprobación de unos nuevos pliegos que cumplan con la obligación del artículo 145.4 párrafo segundo, de tal forma que los criterios relacionados con la calidad ponderen al menos un 51% del total, promueve el correcto cumplimiento de las normas de contratación.

La nulidad de la cláusula XX conllevaría la anulación de los Pliegos, no obstante, por economía procesal, considerando que el órgano de contratación ha manifestado su intención de redactar nuevos pliegos, solicitando el mantenimiento de otras cláusulas puestas en cuestión por el recurrente, se entra a continuación en analizar los otros dos motivos de impugnación.

2.- El segundo motivo de impugnación viene referido a la nulidad de la **cláusula XXIX del PCAP**, en sus apartados 6 y 12, en relación al establecimiento de obligaciones en los pliegos que exceden del ámbito de la contratación, pues solo pueden ser impuestas por la normativa laboral.

2.1. El apartado 6 recoge entre las obligaciones del contratista de carácter específico que *“cuando, excepcionalmente, el adjudicatario contrate nuevo personal para la ejecución de este contrato deberá elegir una modalidad de contratación que no vincule a las personas trabajadoras directamente al contenido de la prestación objeto de este contrato, sino a la empresa, de manera que estos trabajadores presten sus servicios no sólo a las actividades propias de la ejecución de este contrato sino a otras actividades de la empresa y que las personas trabajadoras a los que el empresario encargue la ejecución del contrato no se destinen en ningún momento con exclusividad a éste y no quepa la consideración de que constituyen una unidad económica susceptible de transmisión”*.

El recurrente entiende que esta cláusula trata de evitar que entre en juego el derecho a subrogación de los trabajadores, lo cual excede del ámbito de la contratación e incluso podría considerarse fraude de ley en materia laboral.

El órgano de contratación alega que con la referida cláusula trata de evitarse la cesión ilegal de trabajadores cuando una de las partes es una administración pública.

Comprueba el Tribunal que en la cláusula XLII de los pliegos, puesta en relación con el Anexo I del PPT, se facilita la información sobre las condiciones subrogación en contratos de trabajo, a los efectos previstos en el artículo 130 de la LCSP.

Como manifiesta el recurrente en su escrito, atendiendo a la normativa laboral, la vinculación a que hace referencia el órgano de contratación entre trabajadores y servicios tiene su origen, bien en convenio colectivo a través de la subrogación; bien en Estatuto de los Trabajadores, a través de la sucesión de empresas. En el caso que nos ocupa, el derecho de subrogación de los trabajadores deriva del artículo 25 del IV Convenio Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, de aplicación al contrato.

A ello hay que añadir que el artículo 130 de la LCSP establece el deber de los servicios dependientes del órgano de contratación de 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 y que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales en los casos en que 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; de modo que el derecho de subrogación de los trabajadores no puede tener un origen contractual. En consecuencia con lo anterior, si una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general establecen el derecho a subrogación, el mismo operará, debiendo únicamente los

pliegos recoger la información necesaria para permitir a los licitadores calcular los costes salariales que procedan.

Se muestra de acuerdo con esta interpretación el órgano de contratación, no obstante, entiende que ello no impide que la administración trate de evitar que se produzca el acceso al empleo público sin cumplir los requisitos constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad.

No hay que olvidar que la propia LCSP estipula en su artículo 308.2 que a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante; y que a tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

Tampoco debe desdeñarse que existen numerosos mecanismos puestos a disposición del órgano de contratación para minimizar el riesgo de cesión ilegal de trabajadores vinculados directamente con la ejecución de la prestación, sin necesidad de entrar en una regulación vía pliego de las relaciones laborales entre trabajadores y empresa, más aún en un hipotético escenario de futura contratación; mecanismos que tienen que ver con la exigencia en los pliegos de una solvencia técnica y profesional específica a los licitadores para los trabajos objeto de los mismos, el establecimiento de cláusulas en las que se adjudiquen al contratista las funciones de organización y control del trabajo, y la dirección de los trabajadores que realicen las prestaciones objeto del contrato; la mención del contratista como único interlocutor con el Ayuntamiento o el establecimiento de las condiciones de utilización de

dependencias municipales cuando las características de los trabajos a desarrollar hagan imprescindible su utilización.

Estos mecanismos han sido utilizados en el expediente en cuestión, pues el PPT, al regular la vinculación laboral específica establece para todos los lotes que el personal de la empresa adjudicataria, según lo establecido por el Decreto 122/1995, de 20 de abril, en ningún supuesto podrá considerarse con relación laboral, contractual o de otra naturaleza, respecto al Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, debiendo el adjudicatario tener debidamente informado a su personal de tal circunstancia, haciéndolo constar expresamente en sus contratos.

Se verifica, por tanto, la inclusión de cláusulas en el pliego tendentes a evitar la cesión ilegal de trabajadores y la vulneración del ordenamiento jurídico laboral, no considerando este Tribunal que del derecho de subrogación reconocido por convenio colectivo a los trabajadores pueda derivarse una cesión ilegal de los mismos, sea para los trabajadores con derecho a subrogación en el momento de la licitación, sea para trabajadores de nueva contratación en ejecución del contrato.

En consecuencia con lo anterior, se estima que el órgano de contratación se excede en la regulación que de las obligaciones del contratista efectúa para los casos de contratación de nuevo personal para la ejecución del contrato.

2.2. El apartado 12 de la misma cláusula XXIX ha sido igualmente objeto de impugnación, por cuanto considera que el órgano de contratación *“está invadiendo el marco normativo laboral”* al establecer que el contratista debe cumplir las obligaciones derivadas del convenio colectivo de aplicación, en este caso, el Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

Aclara el órgano de contratación haber añadido el convenio colectivo concreto en atención a lo establecido por el artículo 130 LCSP, que recoge que deberá indicarse el convenio colectivo de aplicación entre la información del personal a subrogar.

Se constata en el análisis de los pliegos que, tanto la obligación de respetar el convenio colectivo aplicable, como la indicación específica del mismo, se encuentran recogidas en el pliego entre las obligaciones del adjudicatario, y no en la cláusula destinada a facilitar a los licitadores la información recogida en el artículo 130. En el propio informe del órgano de contratación se hace constar que *“no habría ningún problema en modificar ese apartado y hacer desaparecer el párrafo que identifica el pliego, al considerar que su determinación es superflua, pues la obligación no vendrá impuesta por el pliego sino por la normativa laboral”*.

Conviene traer en este punto a colación las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, nº 159/2016, 708/2017 y 315/2018, de fechas 16 de diciembre de 2016, 11 de agosto de 2017 y 10 de octubre de 2018, en las que se recoge que *“(…) es reiterada la doctrina del Tribunal que se muestra contraria a la necesidad de incluir en los pliegos exigencias relativas a la obligatoria aplicación de los convenios colectivos (...)”*. Y se nos recuerda que, al fin y al cabo, *“una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa”*.

Se estima por tanto igualmente la pretensión del recurrente en este sentido.

3.- En último término y en relación a la pretendida nulidad de la **cláusula XXI**, entiende el recurrente que en dicha cláusula se establece una condición especial de ejecución de carácter social que excede igualmente del ámbito de la contratación pública.

A este respecto estipula el PCAP que es condición especial de ejecución obligarse, durante todo el periodo de ejecución del contrato, a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario, y en términos anualizados, así como a implantar todas las mejoras sobre la legislación laboral básica aplicable que correspondan en cada momento a las personas trabajadoras adscritas al contrato en función del convenio que resulte de aplicación al presentarse la oferta, salvo acuerdo explícito entre empresa y la representación de los trabajadores.

Solicita el órgano de contratación el mantenimiento de esta cláusula amparándose en los siguientes argumentos: la propia LCSP en su artículo 202.2, permite incluir como condición especial de ejecución el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, sin excluir las materias relativas a jornada y salario; la infracción de esta condición solo resultaría aplicable cuando se produzca una minoración de salario o jornada realizada unilateralmente por el empresario (sin acuerdo con la representación de los trabajadores); y con la inclusión de esta cláusula se trata de proteger a los trabajadores para que no sufran una minoración en sus condiciones de trabajo o cuando no se les aplique las mejoras.

A juicio de este Tribunal, como ya señaló en su Resolución nº 308/2018, de fecha 3 de octubre, los órganos de contratación pueden incluir, como criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, criterios o exigencias tendentes a garantizar el cumplimiento del convenio colectivo que, en cada caso, resulte de aplicación.

Respetando la condición especial de ejecución controvertida lo establecido por el artículo 202 de la LCSP al estar vinculada al objeto del contrato (las condiciones salariales forman parte del proceso de producción de la prestación), no ser directa o indirectamente discriminatoria (cualquiera de los licitadores puede aplicarla), estar

indicada en el anuncio de licitación y en los pliegos y estar destinada a garantizar el cumplimiento del convenio colectivo sectorial aplicable, procede desestimar la nulidad de esta cláusula.

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 Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas, contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán el contrato de “Servicio de actividades deportivas en instalaciones deportivas municipales” del municipio de Las Rozas de Madrid en los términos recogidos en el Fundamento Jurídico Quinto.

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.