

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad ANDANZA EMPLEA, S.L contra, el anuncio de licitación, los pliegos y documentación correspondientes a la licitación con n.º de expediente 531/2024 “Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes y fuentes en el término municipal de Collado Mediano” este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - El día 5 de abril de 2024 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, los pliegos y documentación correspondientes a la licitación.

El valor estimado del contrato es de 196.765,30 euros.

Se publica solicitud de datos de costes laborales a entidad que desarrolla actividad en convenio con el Ayuntamiento, donde figuran salarios y 5 trabajadores a tiempo parcial (50%).

**Segundo.** - Con fecha 24 de abril de 2024 se presenta recurso especial en materia de contratación, se solicita se anulen o dejar sin efecto los pliegos administrativos y técnicos publicados el día 5 de abril de 2024 y en consecuencia volver a publicar la licitación de este servicio. El fondo del recurso se basa en la vulneración de los artículos 100 y 101 de la LCSP por insuficiencia presupuestaria al no presupuestar el salario de todos los trabajadores subrogables procedentes de un Centro Especial de Empleo.

**Tercero.** - El Ayuntamiento remite el expediente e informe a este Tribunal el 7 de mayo, dando así cumplimiento al trámite del 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).

## 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso

**Segundo.** - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones impugnados y el anuncio de la convocatoria fueron publicados el 5 de abril de 2024, e interpuesto el recurso el 25 de abril de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Tercero.** - El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones 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.

**Cuarto.** - La entidad ostenta legitimación para impugnar los Pliegos, como eventual licitadora, a tenor del artículo 48 de la LCSP, teniendo la condición de Centro Especial de Empleo que se requiere para ser adjudicataria.

Se acredita igualmente la representación del suscribiente del recurso.

**Quinto.** - El recurso se funda en la infracción de los artículos 100, 101, 130.1 y 130.2 de la LCSP. Dicen estos últimos:

*...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.*

*2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.*

*Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato...*

Se alega que el presupuesto no cubre el salario de los trabajadores de Centro Especial de Empleo publicados. *“Solamente la suma de los salarios brutos que aparecen en la tabla de subrogación supone la cantidad de 44.000 € anuales, es decir, 16.094,8 € por encima de lo que el organismo establece como costes de mano de obra anuales (27.915,11 €)”*

Son en total 5 trabajadores a tiempo parcial según lo que se especifica en la tabla publicada con los pliegos, existiendo obligación de subrogación, con un coste total unitario de 7.991,96 euros, mientras la plantilla fijada para la ejecución del contrato y sobre la que gira el presupuesto es de 1,2 trabajadores.

El Ayuntamiento contesta que tuvo en cuenta la subrogación, si bien la gestión del servicio anterior no se llevó por ningún tipo de contrato, sino mediante un convenio de colaboración con la fundación Apascovi. Expone las diferencias entre un convenio de colaboración y un contrato y la incompatibilidad de ambas figuras en la LCSP, razonando que en la primera existe una concurrencia de voluntades en orden a un fin común, mientras que en el segundo existe una prestación a cambio de una retribución. En el convenio su causa no es *“la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”* (art. 1274 CC), a diferencia del contrato.

La diferencia entre ambas figuras es básica para atender al problema de la subrogación. Por eso, cuando se fijó el presupuesto se atendió al número de trabajadores necesarios para la ejecución del mismo, y no al fin social de la integración laboral de trabajadores de Centros Especiales de Empleo.

También por esta razón, el contrato se rige por el convenio colectivo de jardinería, y no por el de Centros Especiales de Empleo.

Comprueba este Tribunal que el documento del convenio de colaboración de 2018 con ASCOVI instrumenta la colaboración del Ayuntamiento con los fines de esta fundación orientados al fomento de las habilidades de los usuarios para su integración socio-laboral y el desarrollo de las destrezas en materia de jardinería. El convenio integra las tareas de jardinería del Ayuntamiento sin llegar al 100%, que concreta pormenorizadamente, y para su sostenimiento se incluye una aportación municipal de 25.000 euros anuales en concepto de subvención, que tiene que justificar la fundación con la acreditación de la realización de las tareas encomendadas. No figura ni número de beneficiarios del convenio, ni horas de trabajo de jardines a realizar.

A juicio de este Tribunal con independencia de la adecuación de la utilización de la figura de un convenio de colaboración cuyo objeto comprende prestaciones propias de los contratos (artículo 47 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y de que se otorgue una subvención para una actividad que comprende una prestación directa al Ayuntamiento (artículo 2 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) la configuración como tal de la actividad previa a esta licitación excluye la aplicación de la subrogación legal del artículo 130 de la LCSP, que refiere a la subrogación en los trabajadores de la empresa que viniera ejecutando el contrato, cuando, como en el caso, no hay, sino que se trata de un convenio de colaboración.

También explica que al definirse ahora el objeto como una actividad prestacional para la Administración y no la colaboración de esta en una actividad privada de interés público de fomento de la integración laboral de los socios de un Centro especial de Empleo, el presupuesto bascule hacia el número de trabajadores necesarios para realizar el objeto del contrato.

La subrogación convencional se prevé en el convenio colectivo de jardinería para cualquier supuesto que implique una sustitución en la realización de la actividad: *“A) En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trate, las personas trabajadoras de la empresa saliente pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicos, sociales, sindicales y personales que disfruten en la empresa sustituida”* (artículo 45 Resolución de 27 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024, BOE 13/07/2022 ).

No obstante, este Tribunal ha mantenido la doctrina que la subrogación no implica el mantenimiento en el mismo trabajo en la empresa entrante y que el presupuesto se define por las necesidades del contrato y no por el coste de los trabajadores subrogables, entre otras en la Resolución 524/21 de 18 de noviembre y la 184/2020 de 23 de julio, *“la LCSP supone un cambio de paradigma en cuanto a la vinculación del presupuesto de licitación a las exigencias derivadas de las normas imperativas laborales. Cuando el coste de los salarios forme parte del valor de mercado del contrato por ser parte sustancial del precio del contrato deben tenerse en cuenta en la determinación del presupuesto. De otra parte, existiendo personal a subrogar por determinación convencional o legal, en caso de sucesión de empresa, debe considerarse su coste a la hora de fijar el presupuesto. La circunstancia de tener la obligación de subrogar a un determinado número de trabajadores, derivada del convenio colectivo de aplicación, no significa que ese mismo número deba ser*

*empleado en la ejecución del contrato puesto que son las prestaciones exigidas por el PPT las que van a determinar la mano de obra necesaria y por consiguiente el precio a ofertar. (...) No obstante, la subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el art. 1.1 del LCSP. El principio de eficiencia obliga a la mejor consecuencia de los objetivos con el menor coste posible”*

En ese sentido, la Resolución 189/2020 de 13 de agosto, recoge el criterio mantenido con carácter general estableciendo que *“Como ha mantenido este Tribunal en anteriores ocasiones, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, al fijar el importe de licitación de un contrato, 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”*

Asimismo, el Informe 1/2021, de 18 de febrero, sobre la determinación del presupuesto de licitación cuando el adjudicatario del contrato debe subrogarse en determinadas relaciones laborales, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid que establece al respecto: *“En el supuesto de que, al licitar un contrato, la Administración efectúe un redimensionamiento del personal existente en el anterior contrato, al considerar que no resultan precisos en el nuevo contrato todos los efectivos personales del anterior y, por tanto, el número de trabajadores a subrogar*

*es mayor que el personal necesario para prestar el servicio objeto de licitación, el nuevo adjudicatario tiene el deber de subrogarse en la totalidad de la plantilla que comunica el contratista saliente. No obstante, una vez que los trabajadores subrogados pasen a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, ésta podrá adscribirlos o no al correspondiente contrato o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial”.*

Por lo expuesto procede la desestimación del recurso, porque aun existiendo subrogación, como dice el Pliego, en tareas a tiempo parcial, el presupuesto se define por las necesidades y el número de horas requerido para ejecutar el contrato, que no tienen que coincidir necesariamente con las del convenio de colaboración, que formalmente atendía más a la colaboración del Ayuntamiento con los fines de ASCOVI, que a la realización de los trabajos de jardinería, no respondiendo por ello la plantilla al número de trabajadores necesarios para esa prestación, sino al de beneficiarios de la formación en jardinería y de la integración socio-laboral.

**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 presentado por la entidad ANDANZA EMPLEA, S.L contra, el anuncio de licitación, los pliegos y documentación correspondientes a la licitación con n.º de expediente 531/2024 “Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes y fuentes en el término municipal de Collado Mediano”.

**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 59.1 de la LCSP.