

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

En Madrid, a 14 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña V.C. y otros, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Auxiliares de información en los edificios e instalaciones deportivas del Distrito de San Blas-Canillejas”, número de expediente: 300/2016/01538, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Concejala Presidenta del Distrito de San Blas-Canillejas del Ayuntamiento de Madrid convocó procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios mencionado, cuya CPV es 98.341130-5 Servicios de conserjería, siendo su tramitación ordinaria y el procedimiento de adjudicación abierto y con pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar el 12 de mayo de 2017 en el DOUE y el 23 de mayo en el BOE y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid. El valor estimado asciende a 2.451.216,45 euros.

En el apartado 20 del Anexo I del PCAP se establecen los criterios de

adjudicación atribuyendo 75 puntos a la oferta económica de los cuales 45 se atribuyen al precio, 15 por bolsa de horas y el resto por:

“3. Mejoras del sistema de remuneración y cuantía salarial..... Hasta 15 puntos. La puntuación obtenida por cada una de las ofertas será la resultante de interpolar linealmente entre la oferta que no presente compromiso alguno de mejora, que será valorada con 0 puntos y la que presente un compromiso que afecte a un 10% del sistema de remuneración y cuantía salarial, a la que le será asignada la puntuación máxima de 15 puntos”.

Segundo.- El 2 de junio de 2017, tuvo entrada en el Tribunal, previo anuncio el día anterior ante el órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por 21 trabajadores de la prestataria actual del servicio contra el PCAP, por el que solicitan se acuerde la nulidad de los Pliegos, y por tanto de la licitación, al no haber incluido como criterio de adjudicación la subrogación de los trabajadores que actualmente prestan el servicio ni dar información sobre esta plantilla, por considerar que vulnera el artículo 1 del TRLCSP que contempla, entre otros principios, *“una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia v la selección de fa oferta económicamente más ventajosa”.*

Tercero.- El 6 de junio de 2017, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el que afirma que no está contemplada la subrogación en la normativa laboral ni convencional que resulta de aplicación al objeto del contrato y no ser, por tanto, posible publicar datos de carácter personal en virtud de la normativa en materia de protección de datos, por lo que solicita su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- El recurso se interpone por los trabajadores de la actual prestataria del servicio, por tanto, no son licitadores potenciales, por lo que procede previamente analizar si las recurrentes poseen la legitimación activa necesaria para impugnar los pliegos. Para ello debe partirse de lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP según el cual podrá interponer el recurso especial en materia de contratación *“toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Por tanto no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento. En aplicación de una interpretación amplia del concepto legitimación el Tribunal ha reconocido, en ocasiones, la legitimación de terceros no licitadores o que no pretenden la adjudicación del contrato, como sindicatos, comités de empresa y trabajadores que vienen prestando los servicios objeto de licitación.

Este Tribunal viene señalando en reiteradas ocasiones, valga por todas la Resolución número 148/2013, de 2 de octubre, que para precisar el alcance de la legitimación activa en el recurso especial, en caso de terceros interesados no licitadores, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca del concepto “interés legítimo” en el ámbito administrativo. La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto

amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer 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. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio. Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”*.

Procede analizar si la inclusión de la subrogación de la plantilla actual como criterio valorable en cifras o porcentajes produciría el efecto real *-repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado y cierto, no meramente hipotético, potencial y futuro-*, del mantenimiento de sus puestos de trabajo a pesar de no ser la subrogación obligatoria.

El convenio colectivo aplicable no prevé la obligación de subrogación de los trabajadores.

Afirman los recurrentes que impugnan el PCAP por no contemplar como criterio de adjudicación puntuable la subrogación de los trabajadores actuales, que con seguridad verían amortizados los puestos en caso de que no fuera adjudicataria nuevamente la actual contratista Elite y Espacio, S.L., con la indefensión e incertidumbre que eso genera para la plantilla actual adscrita al servicio.

Considera el Tribunal que la inclusión de dicho criterio, aunque no es el único criterio de adjudicación previsto, no resultaría determinante para considerar que sería la oferta económicamente más ventajosa aquella que acepte la subrogación de los actuales trabajadores. Tampoco se estaría garantizado de forma cierta el mantenimiento de los puestos de trabajo al depender de los licitadores contemplarlo o no en la definición de su oferta, sin que esto suponga una garantía de adjudicación del contrato. La posibilidad de que todas las licitadoras aceptasen la subrogación voluntaria o incluso que la única que la ofreciese resultase ser adjudicataria y no se extinguieran los contratos de trabajo, sí repercutiría en la esfera individual de los trabajadores que han manifestado su interés en tal modificación de su contrato de trabajo y produciría un beneficio a quienes ejercitan la acción, que repercute directamente en su esfera jurídica y se manifiesta en la obtención de esa potencial ventaja.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 83/2015, de 5 de febrero, señala que *“el Tribunal también ha admitido la legitimación de los trabajadores en cuyo contrato laboral deberá subrogarse la empresa adjudicataria. Así, en la Resolución 292/12, de 5 de diciembre, se entendió que la legitimación invocada por los trabajadores recurrentes, fundada en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfrutan, permite apreciar que los intereses alegados puedan ser afectados de modo efectivo, y no solo hipotético, potencial y futuro, por el resultado del recurso”*. En la misma

línea se expresó la Resolución 80/2013, de 20 de febrero, al admitir la legitimación en el recurso especial interpuesto por los trabajadores (o por sus órganos de representación) *“que, viniendo desempeñando sus funciones en el marco de un previo contrato de servicios, pretendían que en los pliegos se recoja, expresa o implícitamente, la eventual obligación del nuevo adjudicatario de subrogarse en dichas relaciones laborales (ello sin perjuicio de que los derechos laborales de dichos trabajadores tengan que hacerse valer ante la Jurisdicción Social)”*.

En consecuencia procede reconocer legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP que rige un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a).

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la publicación de la licitación tuvo lugar el 12 de mayo de 2017 en el DOUE poniendo los pliegos a disposición de los licitadores en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid el 23 de mayo, interponiéndose el recurso el 2 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, sostienen los recurrentes que no hay mejor forma de garantizar el óptimo desarrollo del servicio que el mantenimiento de las personas que lo venían desarrollando de forma más que satisfactoria, motivo por el que es incomprensible que esta circunstancia quede fuera del baremo y considera un contrasentido no valorar la continuidad de la actual plantilla pero sí la mejora de sus condiciones. Difícilmente los licitadores podrán presentar ofertas de mejora de condiciones laborales si desconocen cuáles son al no facilitarse los datos de la plantilla actual.

El órgano de contratación advierte que conforme a la reciente doctrina de los tribunales de contratación, la jurisprudencia y el informe de la Comisión Nacional de la Competencia, excede del ámbito propio de los PCAP la introducción de una cláusula de subrogación de personal dado que dicha relación laboral es extraña a la Administración y supondría otorgar una ventaja injustificada a los empresarios que eran anteriores adjudicatarios del mismo contrato respecto a los demás empresarios concurrentes en la licitación. Por lo que no existiendo previsión de subrogación mediante los pliegos, a fin de no vulnerar la Ley de Protección de datos, resulta imposible publicar unos datos de carácter personal de una plantilla cuya relación se circunscribe dentro del ámbito de las relaciones laborales entre los trabajadores y las empresas que los tienen contratados.

Uno de los objetivos de la Directiva 2014/24/UE es permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes que deberán velar no solo por el cumplimiento de las obligaciones de carácter social y laboral sino también procurar la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores y en su considerando 92 explicita *“Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”*

En su artículo 67.2 la citada Directiva dispone:

“2. La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un

planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:

(...).

b) La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato”.

El artículo 67 de la Directiva 2014/24 deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, siempre que sirvan para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

El artículo 150.1 del TRLCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a *“otros semejantes”*, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. La elección de los criterios de adjudicación de cada contrato y su ponderación corresponde al órgano de contratación que deberá justificarlo adecuadamente en el expediente tal como establece el artículo 109.4 del TRLCSP. El Tribunal no puede suplir esa potestad discrecional, por lo que procede la desestimación del motivo de recurso.

La circunstancia anterior hace innecesario cualquier pronunciamiento adicional sobre el fondo de la cuestión. Ello no obstante, cabe añadir, a efectos meramente dialécticos, que excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares la introducción de una cláusula de subrogación de personal, sin que pueda imponerle al contratista por esa vía obligaciones de carácter

laboral. Conforme a la doctrina administrativa y jurisprudencial expuesta los PCAP no pueden establecer la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente y la nueva adjudicataria, y la impugnación de los pliegos que la impongan en sede de recurso especial en materia de contratación determinará su anulación y la del procedimiento de licitación. Según esta doctrina, en los pliegos solo puede indicarse la existencia del deber de subrogación en el personal del adjudicatario saliente a título informativo, tal como dispone el artículo 120 del TRLCSP.

Debe recordarse, como ya ha reiterado el Tribunal en varias Resoluciones entre ellas, la Resolución 149/2012, de 5 de diciembre, sobre la subrogación de trabajadores 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 actividad de que se trate”*.

También la Resolución 235/2016, de 2 de noviembre, de este Tribunal, examina ampliamente la cuestión de la subrogación de los trabajadores impuesta en los pliegos como alternativa a la subrogación legal y convencional par concluir que no es posible establecer en ellos la obligación de subrogación del personal que viniera desempeñando las labores objeto del contrato a licitar.

Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo 87/2017 de 23 enero 2017, CENDOJ 2807913004217100010, rec. 1874/2015, en relación a las ofertas que incluyan compromiso de subrogación de contratos laborales del operador saliente señala que resultaría contraria a lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y por eso no debía ser fuente de asignación de puntos.

No resulta posible establecer criterio de adjudicación la subrogación del personal que presta actualmente el servicio por lo que procede desestimar el recurso

por este motivo y no existe obligación de facilitar información sobre las condiciones laborales de los trabajadores a que se refiere el art 120 del TRLCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 doña V.C. y otros, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Auxiliares de información en los edificios e instalaciones deportivas del Distrito de San Blas-Canillejas”, número de expediente: 300/2016/01538.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.