

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña S.V.P., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato de “Servicios de Teleasistencia Domiciliaria”, número de expediente: PA 8/2015, del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 2 de enero de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación y los pliegos de la convocatoria por procedimiento abierto y pluralidad de criterios del contrato “Servicios de Teleasistencia Domiciliaria” del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, cuyo valor estimado es de 769.230,76 euros.

Segundo.- Con fecha 20 de enero de 2015, AESTE presentó ante este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), por considerar que vulnera el libre acceso a la convocatoria en condiciones de igualdad no aportando la información suficiente

sobre la obligación existente de subrogación del personal.

Junto con el escrito de recurso se aportó escritura de Poder otorgada por el Presidente de AESTE a favor de doña S.V.P.

Ante la insuficiencia de la documentación presentada, el día 22 de enero por la Secretaría de este Tribunal se solicitó a la recurrente que aportase la siguiente documentación:

- a) Escrito de recurso original con firma auténtica (lo aportado es una copia).
- b) El documento auténtico que acredite el cumplimiento de los requisitos conforme a los estatutos de AESTE para que la firmante pueda interponer el presente recurso o, en su caso, para ejercitar acciones en general en nombre y representación de AESTE, puesto que la escritura de apoderamiento número dos mil ciento treinta y ocho aportada junto con el escrito de recurso apodera a doña S.V.P. para:

“(...) e. Representar a la Asociación en toda clase de pleitos en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa, y económico-administrativa, estando autorizado para ser interrogado en juicio y absolver posiciones.

f. Representar a la Asociación ante cualquier persona física y jurídica y ante cualquier Administración o ente público, pudiendo a tales efectos tanto presentar como retirar documentación y recibir notificaciones en nombre de la Asociación”. (...)

No constando que pueda tomar la decisión de recurrir en nombre de AESTE.

- c) Escritura número dos mil ciento treinta y ocho auténtica para su cotejo con la copia aportada junto con el escrito de recurso.

Para atender dicho requerimiento, la recurrente presentó el día 23 de enero, escrito firmado por doña A.A.D. actuando en nombre y representación de AESTE,

por el que manifiesta que, de acuerdo con las facultades que tiene conferidas en la escritura de apoderamiento número 2137 de 23 de diciembre de 2011, que acompaña, *“sustituye su facultad para la interposición del recurso”* presentado ante el Tribunal *“en la persona de Doña S.V.P.”*.

También el día 22 de enero, se comunicó la interposición del recurso al órgano de contratación, que remitió el expediente 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), el 13 de noviembre.

En el informe se argumenta en síntesis lo siguiente:

“Establece la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 58/09, respecto de la obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes que puede incumbir al adjudicatario de un contrato, cuando en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se hubiera previsto, que “la obligación de subrogación no tiene su origen en los documentos contractuales por cuanto éstos establecen los derechos y obligaciones que derivan de la relación contractual para las partes, pero no pueden contener estipulaciones que afecten a los derechos y obligaciones de terceros, como son en este caso los trabajadores afectos al servicio objeto del contrato. La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentran vigentes en el sector de la actividad laboral de que se trate”.

Se deduce, que no existe causa de nulidad ni de la adjudicación, ni del contrato mismo que se pueda fundar en la falta de inclusión de la subrogación, puesto que es exigible con independencia de que se especifique o no en el pliego.

Por tanto, no es relevante el que se establezca o no en los pliegos la subrogación de personal, puesto que ésta operará en todo caso si en el Convenio colectivo se señala esa obligación.

Hay que recordar que, tal y como hemos dicho, el contrato que actualmente viene prestándose asciende a 25.000 euros anuales, y que el contrato que se

pretende ascende a 200.000 euros anuales. Por tanto, entendemos que es irrelevante en este caso la información a efectos de permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, puesto que en una adjudicación de 25.000 euros no se estima un elevado coste de personal.”

Igualmente, se indica que “SAR QUAVITAE (adjudicataria del contrato actual) presenta el listado de personal a subrogar con fecha 16 de enero, modificado con fecha 20 de enero, es decir, una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones, del cual eran absolutamente concededores, puesto que se han presentado al procedimiento de contratación. Por lo que, si bien no existe ningún impedimento por este Ayuntamiento para la subrogación de personal, no ha sido posible el incluir dicho listado al haber sido aportado fuera de plazo”.

Tercero.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo se ha recibido escrito de alegaciones de la empresa Quavitae Servicios Asistenciales, S.A.U., que considera aplicable el convenio colectivo vigente y, por lo tanto, es indudable que ha existido una falta de información necesaria para la cuantificación del servicio. Añade que como actual adjudicataria presentó al Ayuntamiento un escrito con la relación de personal adscrito al servicio pero el Ayuntamiento no modificó la cláusula del Pliego objeto del recurso. Por lo tanto, considera que el recurso debe estimarse y anular el procedimiento de licitación.

Igualmente ha presentado alegaciones la empresa Servicios de Teleasistencia, S.A., que argumenta que la información suministrada ha sido suficiente puesto que la subrogación al venir impuesta por la normativa laboral hace irrelevante su inclusión en los Pliegos. A su entender “la información suministrada por el Pliego (en particular el punto 2.2.2 “Recursos Humanos”) es suficiente, a la vista del Convenio que rige en el sector, para poder conocer cuáles son los costes

derivados de la ejecución del servicio a contratar". En consecuencia, solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto a la legitimación de la recurrente, el artículo 42 del TRLCSP establece que *"podrá interponer el correspondiente 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"*. Este precepto guarda relación con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El citado artículo 31, en su apartado 2, dispone que *"las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca"*.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, para considerar legitimada a una asociación se requiere que ostente un interés legítimo, considerando éste como el interés de sus asociados o de algunos de ellos, o un interés que afecte directamente a la asociación como tal.

La recurrente es una Asociación de ámbito nacional, constituida al amparo de la Ley 19/1997, reguladora del derecho de asociación sindical.

Constan en el Tribunal los Estatutos de la Asociación, que establecen, en cuanto a su ámbito territorial y profesional, que abarca todo el territorio nacional y agrupa a empresas que prestan servicios de dependencia, teniendo entre sus fines,

de acuerdo con su artículo 5 *“la defensa, representación y gestión de los intereses sociolaborales de las empresas que la integran”*. Entre ellos está, art.5.b) *“Defender y manifestar los intereses de sus asociados ante todas las instancias”*.

De esta forma ostenta un interés legitimador de la interposición del presente recurso. Ahora bien, en los casos en que el recurso se interponga por entidades representativas de intereses colectivos, además de los requisitos de legitimación relativos al objeto del recurso, se exige la aportación de los acuerdos para la interposición del recurso, adoptados por los órganos que conforme a sus normas de creación y funcionamiento, autoricen el ejercicio de acciones, so pena de inadmisibilidad del recurso. De ahí que este Tribunal reclamara su aportación, reiterando dicha petición de forma explicativa.

Esta exigencia deriva de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando establece que al escrito de recurso se acompañará *“d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.”*

Si bien el artículo 32 de la LRJPAC, aplicable por disposición expresa del artículo 46 del TRLCSP, no contiene una referencia expresa a tal efecto, sin embargo, de ello no puede deducirse la inexigibilidad de tales acuerdos en el ámbito del Recurso Especial, cuyas resoluciones como veremos son ejecutivas y únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, resultando tal exigencia una garantía, teniendo en cuenta la existencia de intereses en conflicto normalmente en este tipo de entidades.

Por otra parte, es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, como requisito es necesario

acreditar la existencia de un acuerdo del órgano facultado para adoptar la decisión de recurrir, como expresión de la voluntad colectiva cuyos intereses representa y defiende.

Debe acudirse a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas.

La asociación recurrente, para el ejercicio de sus fines cuenta con una Asamblea General, una Junta Directiva, un Presidente, varios Vicepresidentes y un Secretario Tesorero. La función de decisión relativa al ejercicio de acciones consta atribuida específicamente a la Asamblea General, art.21.d), a propuesta de la Junta Directiva, art.30.c) de los Estatutos.

Debemos señalar que el poder de representación de una persona física, no puede identificarse con el acuerdo para el ejercicio de acciones en nombre de personas jurídicas. Así afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4089), citando otra de 5 de noviembre de 2008 (RJ/2009/451), que cabe discriminar entre el poder de representación que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, y la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que ha de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien sus normas reguladoras atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la justificación de la decisión de litigar tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues, siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha de constatarse que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin y que lo tome el órgano que tiene atribuida tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.

La jurisprudencia citada aunque referida a la admisibilidad de los recursos contencioso administrativos es aplicable para la interpretación de los requisitos de admisibilidad de un recurso administrativo como es el recurso especial en materia de contratación.

Esta circunstancia se advierte en la guía de procedimiento publicada en la página web del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobada mediante Resolución 3/2011, 7 de octubre, de su Presidenta y en el ámbito del recurso especial en materia de contratación podemos citar el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 30/2011, de 19 de diciembre y en numerosas Resoluciones de este Tribunal, cabe citar la Resolución 165/2013, de 16 de octubre, la Resolución 199/2014 de 20 de noviembre, entre otras.

En el presente caso, doña A.A.D., de acuerdo con la escritura de apoderamiento antes citada, ostenta poder de representación de la Asociación y además por delegación de la Asamblea General, poder para interponer toda clase de recursos, por lo que debemos entender que está legitimada para recurrir y en sustitución de la misma, lo está igualmente la firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues fue anunciada la licitación en el BOCM el 2 de enero de 2015, y presentado el recurso ante el órgano de contratación el 20 de enero de 2015, dentro del plazo de quince días, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Tercero.- 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 presente recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Prescripciones Técnicas correspondiente a un contrato de servicios clasificado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, Servicios sociales y de salud, con un importe superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- De acuerdo con la documentación del expediente, el contrato de servicios tiene por objeto la prestación de teleasistencia domiciliaria de acuerdo con las condiciones especificadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, registrado y publicado por Resolución de 25 de abril de 2012 de la Dirección General de Empleo en el BOE de 18 de mayo de 2012, establece en su artículo 1 el ámbito funcional del mismo: las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal, citando entre las actividades comprendidas, la teleasistencia.

De esa descripción, en relación con el objeto y la clasificación del contrato, se desprende que los servicios objeto de licitación, entrarían dentro de las actividades reguladas por el Convenio.

El artículo 71 del mismo, se refiere a la adscripción del personal en las empresas de teleasistencia y establece las condiciones y de requisitos de subrogación del personal en estas empresas *“en caso de finalización, pérdida rescisión de una contrata mercantil o de un conjunto de contratas”*, en relación con los trabajadores que cumplan determinados requisitos que se especifican en dicho artículo.

En los Pliegos no se ha informado a los licitadores de la posibilidad de una subrogación respecto de determinado tipo de personal, por el contrario la cláusula vigesimocuarta del PCAP establece: *“No hay subrogación de personal”*.

Al efecto cabe recordar que el artículo 120 del TRLCSP establece para el órgano de contratación la obligación de facilitar información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales.

La Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando un servicio se deriva del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, cuando establece que *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*.

Desde la perspectiva de la contratación administrativa, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones -por más que sean obligaciones legales-, cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formularlas. A ello tiende el artículo 120 del TRLCSP, cuando establece que *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de*

subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. 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 éste.”

En este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, -aplicable asimismo a la LCSP-, que concreta esta obligación señalando *“La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley. (...).”*

Respecto del supuesto analizado, objeto del recurso, debe señalarse que el citado art.120 del TRLCAP establece la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación y no sobre que esa obligación de subrogación no exista. Esa información negativa no la impone la norma.

Como ya mantuvo este Tribunal en su Resolución 149/2012, de 5 de diciembre, sobre la subrogación de trabajadores: *“... 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”*.

“No obstante, no es competencia de este Tribunal interpretar las normas laborales y como se ha dicho la obligación de subrogación es independiente de su

previsión o no en los pliegos o documentación complementaria del contrato y en caso de que los licitadores discrepen sobre la interpretación que al caso puede darse sobre la obligación, al ver condicionada su oferta a la posible decisión de la jurisdicción laboral sobre la obligación de subrogación pueden hacer uso del derecho a solicitar información adicional a que se refiere el artículo 158 del TRLCSP”.

Por otro lado, debemos considerar que consta en el expediente el escrito presentado por Quavitae, Servicios Asistenciales S.A.U.(SAR QUAVITAE), al órgano de contratación con fecha 19 de enero de 2015, en el que se informa que son quince los trabajadores que desempeñan su actividad en el servicio y por lo tanto correspondería a los licitadores comprobar, en función del cumplimiento de los requisitos que establece el convenio, cuántos de entre ellos tienen derecho a ser subrogados por el nuevo adjudicatario. Sin embargo, este extremo no fue incluido como información complementaria a los Pliegos en los términos del art.120 del TRLCSP.

En consecuencia, la información sobre la no subrogación no resulta preceptiva en los pliegos y además puede inducir a error a los licitadores en casos como el que analizamos, en el que existen Convenios Colectivos en vigor que regulan la materia y además existe información, aunque posterior a la publicación, de la empresa actual prestadora del servicio en la que consta el personal que potencialmente se debería subrogar.

La circunstancia, alegada por el órgano de contratación, de que el actual contrato en ejecución sea de importe considerablemente inferior al que se licita y por lo tanto los gastos de subrogación de personal irrelevantes, no debe ser óbice para que los licitadores obtengan una información veraz y completa sobre las circunstancias de prestación del servicio y los costes de personal del mismo, que les permitan presentar sus ofertas de forma adecuada.

Es por ello que una información errónea en una cláusula del pliego que indica la no subrogación de trabajadores, cuando ésta existe o puede existir, contraviene lo

establecido por el artículo 120 del TRLCSP y debe anularse, debiendo estimarse el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial interpuesto por doña S.V.P., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato de “Servicios de Teleasistencia Domiciliaria”, número de expediente: PA 8/2015, del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, anulando la cláusula vigesimocuarta del citado Pliego y procediendo a realizar una nueva licitación en la que se proporcione a los licitadores la información exigida por el artículo 120 del TRLCSP.

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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.