

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

En Madrid, a 29 de agosto de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Centro Especial de Empleo, S.L., (en adelante, Integra) contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato “Servicios de Conserjería, Mantenimiento y Control de accesos en el Polideportivo Municipal”, del Ayuntamiento de Cobeña, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de julio de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 197.057,10 euros, con un plazo de ejecución de 2 años.

Segundo. - El 5 de agosto de 2024, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la recurrente contra los pliegos del contrato de referencia.

Tercero. - El 20 de agosto del 2024, 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 transpone 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).

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, al tratarse de una persona jurídica participante en la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El órgano de contratación plantea la inadmisión del recurso en base a lo dispuesto en el apartado b) del art. 50, párrafo cuarto, de la LCSP: *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su*

interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

En el caso que nos ocupa, según consta en el documento que figura en el expediente de contratación, la recurrente presentó oferta el día 5 de agosto de 2024 a las 13:43 horas, presentado recurso especial en materia de contratación el mismo día 5 a las 12:55 horas, es decir, con anterioridad al momento de presentación de su oferta, por lo que no procede su inadmisión.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso se interpuso contra 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.

Cuarto. – Los pliegos fueron publicados el 22 de julio de 2024, presentándose el recurso el día 5 de agosto, dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. – El recurso se fundamenta en dos motivos:

- 1- Los Pliegos rectores de la licitación no contienen referencia alguna sobre la obligación de subrogación y el listado de información. Sólo se incluye en la cláusula 21.2 del PCAP una mención genérica al cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones laborales impuestas por la normativa en materia laboral y de seguridad social.
- 2- Prohíben de forma generalizada y absoluta, y sin motivación, la subcontratación, y ello a pesar de que todas las tareas son calificadas como genéricas en el PPT (cláusula 3 del PPT).

1- Respecto al primer motivo del recurso, se fundamenta en que los Pliegos de esta licitación omiten la obligación de subrogación y de la información relativa al

personal subrogable, no dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 130.1 y 2 (párrafo 2º) de la LCSP sobre la obligatoriedad de subrogación del personal de trabajadores de un Centro Especial de Empleo. La inclusión de esta información en los Pliegos resulta indispensable a los efectos de que las ofertas presentadas tengan en cuenta, entre los costes, esta eventualidad.

Ni los Pliegos de esta licitación ni ningún otro documento complementario incluye el listado del personal que presta actualmente el servicio de conserjería, mantenimiento y control de accesos en el Polideportivo Municipal del Ayuntamiento de Cobeña, personal, que según puede deducir la recurrente, estará sujeto al XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad por ser la actual empresa prestataria, MADINTEGRA21, S.L., un Centro Especial de Empleo.

Todo ello implica una exclusión por parte del órgano de contratación del deber legal y convencional de subrogación (art. 130.2 de la LCSP) respecto del personal del servicio objeto del contrato, como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del contrato a adjudicar.

MADINTEGRA21, S.L., actual empresa prestataria del servicio en virtud del vigente contrato menor, ostenta la condición de Centro Especial de Empleo y, en consecuencia, la nueva empresa que resulte adjudicataria de este servicio tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

En base a lo anterior, los servicios dependientes del órgano de contratación tendrían que haber puesto a disposición de los licitadores en los Pliegos del contrato, toda la información relativa a las condiciones contractuales de los trabajadores que se vean afectados por la subrogación para permitir una exacta evaluación de los costes laborales, debiendo seguir el procedimiento establecido en el artículo 130 de la LCSP, que impone al órgano de contratación la obligación de

requerir al contratista principal determinada información y, una vez proporcionada por éste, a facilitar dicha información a los licitadores en el propio Pliego.

La omisión en los Pliegos de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores de la contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato; de modo que no cabe sino concluir que dicho defecto vicia los Pliegos objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho.

Por su parte, el órgano de contratación, no presenta alegación alguna al respecto.

Entrando en el fondo del asunto, procede traer a colación nuestra Resolución nº 527/2021, 18 de noviembre: *“El órgano de contratación ha incumplido lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, sin que se pueda considerar el desglose de costes del presupuesto base de licitación recogido en la cláusula cuarta del PCAP, según exige el artículo 100 de la LCSP, como cumplimiento de la obligación de información del personal a subrogar como pretende el Ayuntamiento en su informe al recurso. A estos efectos cabe recordar cómo ha manifestado este Tribunal en anteriores Resoluciones que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, ambos conceptos no son coincidentes y la prestación a contratar puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. Las listas del personal objeto de subrogación informan las condiciones del personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato, de manera que los licitadores deberán tener en cuenta al hacer el cálculo económico las condiciones de las prestaciones previstas en el pliego y las personas a subrogar.*

Una vez fijado el incumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP por parte del órgano de contratación, y lo esencial de la información omitida para que los licitadores puedan efectuar una evaluación exacta de los costes laborales y así configurar correctamente su oferta, debemos determinar la consecuencia de la falta

de información legalmente prevista por el órgano de contratación al adjudicatario sobre las condiciones de la subrogación, de las que FMP ha tenido conocimiento con posterioridad a la adjudicación del contrato, lo que supone una manifiesta vulneración de los principios de transparencia y publicidad que informan la contratación pública recogidos expresamente en los artículos 1 y 132 de la LCSP”.

En el caso que nos ocupa, ni los Pliegos de esta licitación ni ningún otro documento complementario incluye el listado del personal que presta actualmente el servicio de conserjería, mantenimiento y control de accesos en el Polideportivo Municipal del Ayuntamiento de Cobeña, personal, que según puede deducir la recurrente, estará sujeto al XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad por ser la actual empresa prestataria, MADINTEGRA21, S.L., un Centro Especial de Empleo.

Esta circunstancia, alegada por la recurrente, no ha sido cuestionada por el órgano de contratación en su informe al recurso.

En consecuencia, procede la estimación del recurso con la consiguiente anulación de los pliegos y el expediente de licitación.

2- Respecto al segundo motivo del recurso, se fundamenta en la impugnación de la cláusula 22 del PCAP al prohibir de manera generalizada y absoluta la subcontratación, sin justificación, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 215 de la LCSP, a pesar de que todas las tareas a desempeñar por los encargados del servicio son calificadas como genéricas en la cláusula 3 del PPT.

Alega que no se niega la facultad del órgano de contratación de configurar las prestaciones objeto de contrato de acuerdo con sus necesidades y, por tanto, la posibilidad, de acuerdo con la LCSP, de establecer determinadas prohibiciones de subcontratar y exigir la ejecución de las tareas críticas directamente por quien resulte adjudicatario del contrato.

Sin embargo, se puede comprobar que en la cláusula 3 del PPT se citan algunas de las tareas que deben desempeñar y cumplir los encargados de la prestación de los servicios licitados, tareas que no se califican como críticas sino, todo lo contrario, de genéricas.

El deber de motivación es fundamental, dado que el legislador ha querido reforzar y singularizar, en este concreto ámbito de la subcontratación, la obligación genérica ex artículo 116.1 de la LCSP de motivar a los actos administrativos en materia contractual, estableciendo en el artículo 215.1 e) de la LCSP específicamente esta exigencia.

Por su parte, el órgano de contratación no presenta alegación alguna al respecto.

El artículo 215.1 de la LCSP establece *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.*

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.”

En su apartado 2 d) establece *“De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser*

estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”.

El artículo 75.4 de la LCSP dispone: “...4. *En el caso de los contratos de obras , los contratos de servicios , o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera...*”

Procede acoger nuevamente las alegaciones del recurrente, en cuanto a que la limitación de la subcontratación no está justificada en el expediente.

Como decíamos en la Resolución 61/2024, de 15 de febrero: “*La doctrina de este Tribunal respecto a la subcontratación, compartida por otros tribunales de resolución de recursos contractuales, sostiene que, de acuerdo con el artículo 215 de la LCSP, la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.*

Esta doctrina es coherente con los principios inspiradores de la normativa comunitaria, así en su considerando 32 la Directiva 2004/18/CE indica la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, resultando igualmente aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente, en la medida que una cláusula que prohíbe la subcontratación puede resultar contraria al espíritu de la ley.

Por tanto, en el supuesto del apartado 215.2.e) de la LCSP solamente pueden sustraerse a la subcontratación las partidas esenciales o críticas para el objeto del contrato, que deben ejecutarse por el contratista principal. Esta limitación debe preverse expresa y motivadamente en el Pliego”.

La cláusula objeto de controversia no cumple las exigencias descritas, por lo que procede su anulación, lo que llevaría aparejado, como en el primer motivo del recurso, la anulación de los pliegos y el procedimiento de licitación.

Sexto. - Al haberse dictado resolución no procede el pronunciamiento sobre las medidas cautelares.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Centro Especial de Empleo, S.L., contra los pliegos que han de regir la licitación del

contrato “Servicios de Conserjería, Mantenimiento y Control de accesos en el Polideportivo Municipal”, del Ayuntamiento de Cobeneña, anulando los pliegos y el procedimiento de licitación.

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.