

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Atlas Servicios Empresariales, S.A., (en adelante, ATLAS) contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación denominado “contrato de servicios de atención al visitante” licitado por la sociedad Madrid Destino Cultura Turismo y Negocio, S.A., número de expediente SP23-00350, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados los días 3 y 4 de agosto de 2023, respectivamente, en el Perfil de la sociedad, alojado en la Plataforma de Contratos del Sector Público y en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 4.637.032,06 euros y su plazo de

duración será de veinticuatro meses.

Segundo.- El plazo de presentación de ofertas concluye el próximo día 8 de septiembre de 2023 y la apertura de ofertas económicas está prevista para el día 15 del mismo mes.

Tercero.- El 16 de agosto de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ATLAS en el que solicita la nulidad de los pliegos que rigen el contrato, así como la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

El 24 de agosto de 2023 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), solicitando la desestimación del recurso y de las medidas cautelares solicitadas.

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 46.1 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 de una persona jurídica que alega estar interesada en participar en la licitación, operar en el sector objeto de la misma y que concurrirá en el momento oportuno.

Señala el órgano de contratación que la recurrente ha venido siendo adjudicataria del presente servicio desde el año 2014 hasta la actualidad.

La participación de la recurrente en la nueva licitación que se impugna no ha podido ser objeto de comprobación por este Tribunal al no haber finalizado el plazo de presentación de ofertas, por lo que, en virtud de lo alegado por las partes, se le reconoce la legitimación al tratarse de un potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos impugnados se publicaron en la Plataforma el 3 de agosto de 2023 y el recurso fue interpuesto, ante este Tribunal, el día 16 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el documento de pliegos, en el marco 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.- Solicitada medida cautelar de suspensión por la recurrente y existiendo oposición por parte del órgano de contratación, no se ha considerado conveniente suspender el procedimiento al encontrarse aún en fase de presentación de ofertas, en la que no procede la suspensión, salvaguardándose el secreto de las proposiciones,

pues se entra directamente a resolver el recurso planteado antes de su apertura e, incluso, de la finalización de presentación de ofertas.

Sexto.- En cuanto al fondo del recurso, este se centra en la vulneración del artículo 130 de la LCSP, por cuanto que no se incluye en los pliegos la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación que, a juicio de la recurrente, procede de acuerdo con el artículo 38 del convenio colectivo aplicable, Convenio del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid.

Justifica este argumento la recurrente en el hecho de que en el contrato anterior, del que es adjudicatario, los pliegos determinaron que debían cumplirse las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo de aplicación y estipulaban asimismo, que las condiciones retributivas de los trabajadores debían igualarse o mejorarse en relación a las derivadas de la aplicación del ya referido convenio colectivo. Aporta, para acreditar la aplicación de este convenio, certificado del Secretario de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de Pluralidad de Empresas Atlas Servicios Empresariales, S.A.U. y Adecco Outsourcing, S.A.U., en la que consta que, en atención a la actividad desarrollada por ATLAS en los servicios de atención e información turística de Madrid, Destino y Negocio, S.A., el convenio sectorial de referencia asignado para su aplicación es el Convenio Colectivo del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid.

Continúa el recurso afirmando que basta analizar el artículo 2 del convenio que determina su ámbito funcional para comprobar que es de aplicación al contrato objeto de licitación, y que el artículo 38 establece la obligación de subrogación, cuestión que no se ha tenido en cuenta en los nuevos pliegos a efectos de facilitar a los licitadores la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, con el objeto de permitir una exacta valoración de los costes laborales, vulnerándose lo establecido en el artículo 130 de la LCSP, a pesar de que

dicha información fue remitida por la propia recurrente a la entidad contratante a esos efectos.

Cita por último, resoluciones de este Tribunal, 216/2022, de 2 de junio y 49/2019, de 6 de febrero, en las que se declara la nulidad de los pliegos por no contemplar la necesaria subrogación, así como resoluciones 229/2019, de 6 de junio y 191/2018, de 27 de junio, en las que se anulan los pliegos por no haberse tenido en cuenta los costes laborales que, por convenio colectivo, afectan al personal a subrogar a la hora de determinar el presupuesto base de licitación.

Por su parte, el órgano de contratación recoge en su informe que no resulta de aplicación el convenio referido por la recurrente, por lo que el servicio prestado por la recurrente hasta la fecha no se licitó bajo su aplicabilidad, y que esa mercantil no lo ha aplicado en su integridad a los trabajadores durante la vigencia del contrato del que es adjudicataria, pretendiendo ahora con la obligación de la subrogación alegada, prescindir sin coste, ni despido, de sus trabajadores fijos. En definitiva, este servicio desde su ejecución en 2019 no está referenciado a ningún convenio y no tendría causa su aplicación, que sólo pretende ligar, en fraude de ley, al licitador que resulte adjudicatario, o a la propia sociedad contratante, con los trabajadores de la recurrente.

Apunta que la actividad objeto del contrato no está sometida en la actualidad a ningún convenio colectivo y por ello no se ha considerado aplicable en ninguna de las licitaciones planteadas para este servicio, no estando prevista la subrogación en ninguna de ellas, pues nada tiene que ver un animador sociocultural con un informador turístico del servicio licitado.

Aporta el órgano de contratación, para justificar este argumento, datos de las nóminas de los trabajadores que pretenden demostrar que los complementos en ellas abonados en concepto de nocturnidad, festividad y descanso semanal, no se abonan conforme a convenio para los informadores turísticos, que representan 84 trabajadores de los 90 que incluye la recurrente en el cuadro de subrogación.

Y señala, por último, que los salarios mínimos exigidos en la licitación son superiores a los del convenio colectivo cuya aplicación se pretende y que no existe homologación por categorías en función del nivel de formación requerido.

Vistas las alegaciones de las partes, procede señalar que el objeto del contrato viene definido como los servicios de atención al visitante, donde una empresa provea el personal necesario para el desarrollo de:

- La actividad de atención al visitante, facilitando a todos los usuarios de las oficinas de turismo un servicio integrado y de calidad, donde se haga promoción de la oferta turística de la ciudad de Madrid, con los objetivos de incrementar el gasto turístico, fomentar la sostenibilidad del destino, incrementar la estancia media e inspirar futuros viajes a Madrid.
- Otras acciones orientadas a la mejora de la experiencia del visitante en destino en colaboración con el sector turístico madrileño.

De acuerdo con el PPT, los objetivos del Servicio de Atención al Visitante son: la promoción del consumo y disfrute de la oferta turística, cultural, gastronómica, de compras y ocio de Madrid, poniendo a disposición del visitante el abanico de posibilidades que ofrece Madrid, con el fin de incidir en el incremento de la estancia media actual del turista, la atención al turista en varios idiomas, la comercialización y venta de *souvenirs*, la oferta de material informativo y promocional que facilite la visita de la ciudad, y la captación de visitantes potenciales a través de aquellas personas que contactan con el servicio por vía telefónica, por chat, RRSS, o cualquiera de las modalidades de correo o nuevas tecnologías, así como el de recabar datos estadísticos a través de las encuestas.

Los servicios, conforme a los pliegos, se desarrollarán en la red de oficinas de turismo de Madrid Destino.

Siendo estos los servicios a desarrollar y, siendo los perfiles profesionales previstos en el pliego los de informador turístico, coordinador y responsable del equipo

de coordinación, pretende la recurrente la aplicación de un convenio colectivo cuyo ámbito funcional comprende las siguientes actividades:

- En relación con la población infanto-juvenil: de educación en el ocio, preventivas de carácter socioeducativo, educación no formal, guardia y custodia en periodo de transporte escolar, comedor, patio, extraescolares y campamentos.
- En relación con las personas mayores: animación sociocultural, organización y gestión de servicios socio-culturales y educativos, tanto de equipamientos como de programas.
- Casas de colonias y albergues infantiles y juveniles.
- Servicios sociales y/o culturales en el ámbito socio-educativo.

Es por tanto la aplicación del convenio colectivo cuestión controvertida entre las partes, por lo que procede señalar que no corresponde a los tribunales encargados de la resolución de recursos en materia de contratación resolver cuál es el convenio a aplicar entre la contratista y su personal que prestará los servicios objeto del contrato que nos ocupa, por ser éstas cuestiones laborales que han de sustanciarse ante la jurisdicción laboral, circunscribiéndose la actuación revisora de estos tribunales a verificar el cumplimiento por los órganos de contratación de la obligación impuesta en los artículos 100 y 130 de la LCSP.

Este es el criterio mantenido en diversas resoluciones de este Tribunal pudiendo citarse la más reciente, número 246/2023, de 15 de junio, en que señalábamos que *“la única revisión para la que tiene competencia este Tribunal, es la verificación de que el presupuesto base de licitación es suficiente y se encuentra acorde con los precios de mercado, tal y como establece el artículo 100 de la LCSP”*.

Del mismo modo, en nuestra Resolución 189/2020, de 13 de agosto, establecíamos: *“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. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. Lo que no es óbice para que, si bien el principio general es que la Administración ha de ser ajena a las disposiciones de los convenios colectivos que rigen en el sector de la actividad objeto de la licitación, puesto que no es parte de los mismos, en aquellos contratos de servicios en los que el coste fundamental es el personal que ha de adscribirse a su ejecución, como es el caso de los servicios de limpieza, el poder adjudicador ha de tener como referencia necesaria los salarios y remuneraciones derivadas del correspondiente convenio colectivo a la hora de calcular el precio de licitación del mismo. En este sentido las Resoluciones de este Tribunal 315/2018 y 179/2018, de 20 de junio indicaban que “como reiteradamente han manifestado este Tribunal el principio general es que la Administración es un tercero respecto de las disposiciones de los convenios colectivos que rigen en el sector de la actividad objeto de la licitación, puesto que no es parte de los mismos, siendo su contenido en el ejercicio de la negociación colectiva que corresponde a los trabajadores y empresarios, indisponible a la Administración. Ello no obsta para que el poder adjudicador de que se trate haya de tener como referencia necesaria, para determinar el importe de licitación, los salarios y demás condiciones laborales en aquellos contratos de servicios en los que el coste fundamental sea el del personal que ha de adscribirse a su ejecución, como auténtico precio de mercado del contrato, en aplicación de la exigencia contenida en el artículo 201 de la LCSP “los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos, los contratistas, cumplen las obligaciones aplicables en

materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por la disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particulares las establecidas en el anexo V". De esta forma al efectuar el cálculo del importe de licitación la LCSP previene en su artículo 100 que "En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia". Dicho convenio de referencia no puede ser a juicio de este Tribunal un convenio colectivo, como ha señalado entre otras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1128/2003 de 24 de diciembre, cuyos argumentos si bien es anterior a la nueva LCSP, resultan plenamente aplicables". Asimismo considera "inadmisible que el órgano de contratación tenga que fijar el valor estimado y el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, pues en tal caso quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. Y también tiene declarado este Tribunal que no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata. Las consideraciones expuestas nos llevan a la conclusión de que el cálculo del coste laboral del personal a subrogar no supone un límite determinante en sí mismo del importe mínimo del precio del contrato".

A estos efectos, comprueba este Tribunal que, al regular el PPT las condiciones retributivas de los trabajadores, dispone el apartado 7.3 lo siguiente: "El adjudicatario

estará obligado durante la ejecución del contrato, al cumplimiento de las condiciones salariales de los trabajadores, igualando o mejorando el salario base mínimo por hora al que se obliga el licitador a retribuir a los informadores turísticos que aparece indicado en el apartado 18 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y que queda fijado en 11,81 euros por hora para los informadores turísticos. Los coordinadores del servicio verán incrementada esa retribución en un 10% y el responsable del equipo de coordinación recibirá una remuneración un 10% superior a la de los coordinadores. Madrid Destino se reserva el derecho de solicitar a la empresa adjudicataria cuanta información considere necesaria para acreditar el cumplimiento de esta cláusula. Las condiciones retributivas ofertadas por el adjudicatario se considerarán condición contractual esencial y su incumplimiento podrá ser causa de resolución del contrato”.

Para determinar el presupuesto del contrato, se regula la cobertura del servicio en el apartado 5 de la siguiente manera: *“Las oficinas de turismo pueden disponer de uno hasta seis puestos (mostradores) de atención. Cada mostrador es atendido por un informador. Por cada hora en la que un informador esté atendiendo un mostrador, se entiende una unidad de servicio, de forma que 5 puestos de información atendidos durante cinco horas dan lugar a 25 unidades de servicio”* y se incorpora una tabla con las unidades de servicio que han de ser cubiertas en las oficinas de turismo, con un horario orientativo de cobertura de los mismos. Se determinan asimismo los servicios permanentes, que contarán con 21 puestos de trabajo, con una tabla que indica una distribución orientativa de dichos puestos. Se fijan además las unidades de servicio para la cobertura de los 21 puestos de trabajos de las oficinas de servicio permanentes, de consumo cierto en un total de 161.955,00 para los dos años de duración del contrato. Y para la cobertura de las oficinas de turismo temporales se estima un montante de 6.000 unidades de servicio (3.000 anuales), sujeto a las necesidades del servicio. El total de unidades de servicio para oficinas de turismo permanentes y temporales suma, por lo tanto, 167.955,00 unidades de servicio para los dos años de duración del contrato.

Por su parte, la memoria justificativa que obra en el expediente define el servicio a prestar en función del número de horas de prestación en cada uno de los puestos de información que componen las oficinas de turismo (tanto temporales como permanentes) y no en función del número de trabajadores, el cual varía de forma constante, basándose en el consumo de contratos anteriores. Y recoge un cuadro con el listado de oficinas de turismo, los puestos que han de ser cubiertos en cada una, así como los horarios que deben de ser cubiertos por los informadores. De esta forma, prevé un número de horas totales (unidades de servicio) a cubrir en el contrato para las oficinas permanentes y las temporales de 167.955,00 horas a cubrir durante los dos años del contrato (84.078,00 horas en 2024 y 83.877,00 horas en 2025).

Establece la propia memoria que los costes directos se han establecido teniendo en cuenta que no existe un convenio colectivo, nacional, sectorial ni autonómico de referencia a aplicar. Se requieren 3 tipos de perfiles: - Informador - Coordinador - Responsable de equipo de coordinación. En este nuevo contrato no se solicitan bolsas de horas, no siendo objeto del contrato por tanto la prestación de servicios por trabajadores de las categorías de auxiliar ni de azafata (que si aparecían recogidos en el contrato anterior), la razón de este cambio respecto al contrato anterior es que no se ha hecho consumo de estos servicios en los últimos 3 años. Al no ser requerida bolsa de horas, tampoco se contempla la posibilidad de horas nocturnas.

En relación a los costes salariales, se afirma que *“Tal y como se viene haciendo en los contratos desde el año 2017, se fija un salario mínimo por hora a retribuir a los trabajadores a partir de las siguientes consideraciones:*

*- En el **contrato de 2019** se actualizó con el IPC la retribución mínima por hora que, tras un análisis de mercado, se decidió fijar en el contrato de 2017 (primera vez que se aplicó esta retribución mínima), lo que resultó en un precio de **10,07 € hora** (teniendo en cuenta la especialización de los puntos de información llevada a cabo ese año).*

*- Siguiendo el mismo criterio establecido en el contrato de 2019, al precio de 2019 aplicamos el **IPC** habido entre enero de 2019 y enero de 2023, que según el INE*

ascendió al 14,10%. Además, se aplica el IPC previsto por el Banco de España para el presente año 2023, que asciende al 3,2%. De ello resulta un incremento de IPC a aplicar del **17,3%**. - Se fija consecuentemente la retribución por hora para el siguiente contrato en **11,81€ hora**.

La retribución de los coordinadores se establece un 10 % superior a la retribución del informador. Dicho porcentaje de incremento de retribución está basado en el incremento medio de la retribución entre categorías que existe en las tablas salariales de Madrid Destino, dentro de la categoría A - administrativos (un 10,20% de incremento medio para las categorías A1, A2, A3 y A4). Asimismo, la retribución del responsable del contrato se incrementa un 10% sobre la retribución del coordinador atendiendo al mismo criterio indicado anteriormente. En todo caso quedará garantizado que la retribución no se encuentra por debajo del salario mínimo interprofesional establecido conforme a la legislación aplicable, debiendo realizarse a cargo de licitador los ajustes que, en cada caso, pudieran corresponder”.

A la vista de lo anterior, estima este Tribunal que siendo un servicio en el que los costes de personal suponen la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación, se justifican, tanto en la memoria como en los pliegos, los costes salariales estimados conforme a los precios de mercado, de conformidad con el artículo 100 de la LCSP, sin que el recurso contenga argumento alguno que desvirtúe la suficiencia del presupuesto para atender a los costes de prestación del servicio y sin que pueda este Tribunal entrar a determinar si es aplicable o no el convenio colectivo al que alude la recurrente a efectos de su inclusión en el pliego y de aplicación de cláusula de subrogación. Tampoco puede entrarse a valorar las condiciones en que se licitó el contrato anterior al que centra el objeto de impugnación, que además tenía un objeto distinto del ahora licitado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 interpuesto por la representación legal de la mercantil Atlas Servicios Empresariales, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación denominado “contrato de servicios de atención al visitante” licitado por la sociedad Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A., número de expediente SP23-00350.

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 de la LCSP.