



Recurso nº 179/2015

Resolución nº 267/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de marzo de 2015.

VISTA la reclamación interpuesta por D. P.O.G., D.^a Y.B.G. y D.^a M.S.R.E., en calidad de delegados de personal del Colectivo de Chaquetas Verdes del Aeropuerto de Málaga-Costa del Sol, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el procedimiento para la contratación del *Servicio de Gestión Integral de las Sala Vip del Aeropuerto de Málaga – Costa del Sol* (AGP 481/14), convocado por AENA S.A., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA S.A convocó, mediante anuncios que fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado de 21 de enero de 2015 (con rectificación ulterior publicada el 10 de febrero) y en el Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de enero de 2015, licitación para la adjudicación por procedimiento negociado del Servicio de Gestión Integral de las Sala Vip del Aeropuerto de Málaga – Costa del Sol (AGP 481/14), con un presupuesto máximo de licitación de 2.508.177,60 euros .

Segundo. El seis de febrero de 2015 los actores presentaron reclamación en materia de contratación contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas que rigen dicha licitación, a la que se asignó el número 179/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La reclamación que nos ocupa ha sido debidamente interpuesta ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en relación con el artículo 41.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

En efecto, debe recordarse que la Disposición Adicional Octava del TRLCSP establece que *“la celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada”*.

AENA S.A., en tanto que sociedad mercantil estatal, no tiene el carácter de Administración Pública a los efectos del artículo 3.2 TRLCSP, quedando incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 3 y 12.b). Por otro lado, el contrato analizado en la presente reclamación, cuyo presupuesto de licitación es de 2.508.177,60 euros, tiene el carácter de contrato de servicios incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley, con arreglo a su artículo 15 y I Anexo II A, superando el umbral cuantitativo fijado en el artículo 16.b).

Finalmente, el acto es susceptible de impugnación, con arreglo a lo previsto en el artículo 106.2 de la Ley 31/2007.

Segundo. También debe afirmarse que la reclamación ha sido interpuesta dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 104.2 de la Ley 31/2007.

Tercero. En relación con la legitimación de los recurrentes, es necesario tener presente lo manifestado por este Tribunal en su resolución 281/2012, que tuvo por objeto una previa licitación de idéntico servicio al que ahora nos ocupa. Se dijo entonces:

“En segundo lugar, sentado que este Tribunal es competente para conocer del presente recurso, es necesario examinar si los recurrentes disponen de la legitimación activa necesaria para impugnar el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar en numerosas oportunidades las reglas sobre legitimación activa contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Concretamente en el artículo 42 se dicara 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”.

Pues bien, para determinar si en un asunto concreto concurre el requisito de la legitimación en el recurrente, este Tribunal ha señalado en su Resolución 122/2012 que:

“Para precisar el alcance del “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores -como es el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

En este sentido, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en numerosas resoluciones. Valga citar la Resolución 290/2011, donde se expone en el fundamento de derecho cuarto que: Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico 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.”

Por lo tanto, para que pueda considerarse, en términos generales, que concurre el interés legítimo es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad

(SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras.

En el presente caso, es objeto de impugnación el Pliego de Prescripciones Técnicas de referencia por considerar que el mismo no garantiza el cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del sector, ni lo establecido en el acuerdo individual al que se llegó con AENA para subrogar a los trabajadores del anterior contrato en todos los derechos, obligaciones y adscripción al puesto de trabajo que tienen con la actual contratista caso de que la adjudicación finalmente se acuerde en favor de otro licitador. Las recurrentes estiman que el Pliego de Prescripciones Técnicas no garantiza la subrogación que debe operar ex convenio y en virtud del pacto individual antes señalado.

El recurrente es el Comité de Empresa de los trabajadores del aeropuerto de Málaga por lo que es razonable pensar que la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión de este Tribunal y consecuentemente procede reconocer su legitimación activa.”

En el caso analizado, los recurrentes son delegados de personal del “Colectivo de Chaquetas Verdes” del mismo aeropuerto y vienen a impugnar el Pliego de Prescripciones Técnicas de referencia por similares, si no idénticas, razones a las hechas valer en aquella ocasión. Debe, por todo ello, concluirse en su suficiente legitimación, a salvo lo que luego se dirá en el fundamento quinto.

Cuarto. Sentado todo lo anterior, es lo cierto que, como ya se ha indicado, los actores vienen en impugnar el Pliego de Prescripciones Técnicas de referencia por considerar que el mismo no garantiza el cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del sector, ni lo establecido en el acuerdo individual al que se llegó con AENA S.A para subrogar a los trabajadores del anterior contrato en todos los derechos, obligaciones y adscripción al puesto de trabajo que tienen con la actual contratista caso de que la adjudicación finalmente se acuerde en favor de otro licitador. Los recurrentes estiman, en efecto, que el Pliego de Prescripciones Técnicas no garantiza la subrogación que debe operar ex convenio y en virtud del pacto individual antes señalado.

Este Tribunal ha tenido ocasión reiterada de pronunciarse sobre cuestiones como la planteada, habiendo afirmado, por ejemplo, en la resolución 321/2014, lo que sigue:

“La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución, interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: “la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status del trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social.” Pero, pese a ello, se decía que “aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación”, dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP. Por ello, entendemos que, en supuestos como el que nos ocupa, en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP-y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación; y a hacer constar tal información en el propio pliego o en la

documentación complementaria; siendo aconsejable que se haga igualmente constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación”.

En el caso que nos ocupa, alegan los actores (en términos que no pudieron ser abordados, por evidentes razones cronológicas, en la resolución de la reclamación 278/2012), que en el Convenio Colectivo suscrito el 18 de septiembre de 2014 entre V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A. y los representantes de los trabajadores, se estipula, en el artículo 2.1, que *“la empresa procederá a la adscripción y subrogación del personal en todos los derechos y obligaciones de la anterior adjudicataria, y en especial atendiendo a lo siguiente: a) Trabajadores en activo que presten sus servicios en jornada completa o parcial en el centro del aeropuerto de Málaga, con una antigüedad mínima de 4 meses”*. Y, sobre esta base, consideran que AENA S.A debió haber incorporado al Pliego de Prescripciones Técnicas la expresa garantía de subrogación de los trabajadores con una antigüedad mínima de cuatro meses y, cuando menos, haber garantizado a los licitadores la información prevista en el artículo 120 TRLCSP, como presupuesto indeclinable de un trato igualitario y no discriminatorio para todos los licitadores.

Tal alegato no puede prosperar. Respecto de la expresa incorporación de la cláusula de subrogación, este Tribunal ha afirmado reiteradamente, como ya se ha dicho y se recoge en la dicción que acaba de transcribirse, dicha cláusula excedería del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual.

En cuanto a la aplicación del artículo 120 TRLCSP, ya se ha dicho que la licitación que nos ocupa está sometida a la Ley 31/2007, que no contiene precepto alguno equiparable al así citado. Y ello dejando al margen que la eventual subrogación del personal no se contempla en los documentos contractuales, siendo así que el Acuerdo de 18 de septiembre de 2014 a que aluden los recurrentes no tiene el carácter de convenio sectorial, sino de mero Acuerdo de empresa, que no puede vincular a eventuales terceros adjudicatarios del contrato.

Debe, en consecuencia, desestimarse el motivo de impugnación.

Quinto. Finalmente, señalan los reclamantes que el pliego no ofrece un trato igualitario y no discriminatorio a los licitadores, al no reflejar, en términos que juzgan relevantes para la determinación del coste del contrato, las exactas características de las Salas que constituyen su objeto ni el efectivo incremento del volumen de viajeros que ha experimentado el aeropuerto desde 2012. Al tiempo, alegan que el presupuesto señalado para la licitación es insuficiente para garantizar la calidad del servicio.

Obviando que tanto uno como otro alegato sobrepasan, en rigor, el ámbito de la defensa de los intereses colectivos del personal representado por los reclamantes que es presupuesto de la afirmación de su legitimación, hasta el punto de que parecerían querer operar como guardianes abstractas de la legalidad ordinaria, debe concluirse en su forzosa desestimación.

Por un lado, puede comprobarse que el Pliego de Prescripciones Técnicas ofrece en sus Anexos I y II circunstanciada descripción, con inclusión de un plano de su planta, de las salas objeto del contrato, como también que en su Anexo IX refleja el detalle del número de viajeros que han pasado mensualmente por el aeropuerto desde enero de 2012 a octubre de 2014, lo que permite valorar adecuadamente la senda creciente a que aluden los recurrentes.

Por otro, el alegato sobre la insuficiencia del presupuesto de licitación se formula sin aportar dato, razonamiento o prueba concreta que lo avale, lo que impide su valoración por este Tribunal.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. P.O.G., D.^a Y.B.G. y D.^a M.S.R.E., en calidad de delegados de personal del Colectivo de Chaquetas Verdes del Aeropuerto de Málaga-Costa del Sol, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el procedimiento para la contratación del *Servicio de Gestión Integral de las Sala Vip del Aeropuerto de Málaga – Costa del Sol* (AGP 481/14), convocado por AENA S.A.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la Ley 31/2007.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.