



Recurso nº 988/2017 C.A. Castilla-La Mancha 75/2017

Resolución nº 1024/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 3 de noviembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D^a M. V. B. T., en representación del COMITÉ DE EMPRESA DE LIMASA MEDITERRÁNEA, contra el acuerdo de adjudicación de 5 de septiembre del procedimiento "*Servicio de conserjería de los colegios públicos de educación infantil y primaria, así como limpieza y mantenimiento de los colegios indicados y dependencias municipales del Ayuntamiento de Toledo*" Expte. 26/2016, convocado por el Ayuntamiento de Toledo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Toledo adoptada en su sesión del día 9 de noviembre de 2016, se aprobó el inicio de expediente del contrato referenciado mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, así como el gasto correspondiente por un importe total de 4.591.519,91 € IVA incluido y una duración del contrato de 3 años con posibilidad de prórroga por 2 más, cinco años en total incluido el periodo de prórroga.

Se publicaron anuncios en el DOUE de fecha 29 de noviembre de 2016, en el BOE de 7 de diciembre y en el Boletín Oficial de la Provincia de 7 de diciembre del mismo año.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante), se aprobó por



Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en sus normas de desarrollo.

A la licitación concurrió las sociedades siguientes: UTE ILUNION LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE, S.A.-ILUNION CEE LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE,S.A.ILUNION OUTSOURCING, S.A.-ILUNION CEE OUTSOURCING, S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS,S.A. (FCC), FERROVIAL SERVICIOS, S.A., EULEN, S.A. LIMASA MEDITERRANEA,S.A.U, CLECE, S.A. y IMESAPI, S.A.

Tercero. Por Acuerdo del órgano de contratación de fecha 30 de agosto de 2017 se acuerda la adjudicación del contrato a FERROVIAL SERVICIOS, S.A., figurando notificado el acuerdo de adjudicación al adjudicatario y resto de licitadores en 06/09/2017.

Cuarto. Mediante escrito presentado el 11 de septiembre de 2017, la ahora recurrente anunció la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación antes señalado, recurso que presentó en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 27 de septiembre de 2017.

De igual forma, la mercantil UTE ILUNION LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE, S.A.-ILUNION CEE LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE, S.A.ILUNION OUTSOURCING, S.A.-ILUNION CEE OUTSOURCING, S.A. y LIMASA MEDIERRÁNEA, han interpuesto recursos especiales en materia de contratación contra el citado acuerdo de adjudicación del Expte. 26/2016 y que se tramitan en este Tribunal con los números de recurso 986/2017 y 987/2017, respectivamente.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado el 10 de octubre de 2017 del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo evacuado dicho trámite LIMASA MEDITERRÁNEA, S.A.U. interesando la estimación del recurso y FERROVIAL SERVICIOS que interesa su desestimación.

Sexto. En fecha 20 de octubre de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación con carácter cautelar



para los Recursos 986, 987 y 988/2017, conforme a lo dispuesto en el artículos 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 27 de septiembre de 2017, en el Registro de este Tribunal, habiéndose previamente anunciado mediante escrito de 11 de septiembre y siendo la fecha de la notificación de la adjudicación el 6 de septiembre, procede concluir que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero. El examen del requisito de la legitimación exige varias consideraciones por parte de este Tribunal. Así, procede examinar la legitimación para interponer el presente recurso de D^a M. del V. B. T. en representación del COMITÉ DE EMPRESA DE LIMASA MEDITERRÁNEA.

El artículo 42 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"*.

Como el Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, Resolución 89/2010, de 23 de marzo de 2011) *"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 de beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética".

Ahora bien, también ha señalado el Tribunal (Resoluciones 31/2010, de 16 de diciembre y 172/2013, de 14 de mayo), con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, que "tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado." Sobre esta base se afirmó en la citada Resolución 31/2010 que, "por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco basta con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición". En esta línea, este Tribunal ha aceptado, en ocasiones, la legitimación de terceros no licitadores o que no pretenden la adjudicación del contrato.

En concreto, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la legitimación para interponer recurso especial de terceros no licitadores como Sindicatos, miembros del Comité de Empresa, y trabajadores de la empresa que viene prestando los servicios objeto de licitación.



En lo que se refiere a la legitimación de los Sindicatos, y como se señala en la Resolución 172/2012, de 14 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha venido a fijar cuatro premisas en esta materia, que se desprenden de las sentencias del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, 24/2001, de 29 de enero, y 84/2001, de 26 de marzo, premisas que son las siguientes: 1) las viejas reglas de la Ley Jurisdiccional de 1956 –el interés directo de su art. 28.1.a)– deben ser sustituidas por la noción de interés legítimo del art. 24.1 de la Constitución (hoy ya recogida en el artículo 19.1.b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 13 de julio de 1998), entendida según la teoría general, esto es, como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada; 2) que los Sindicatos, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución como por obra de los Tratados internacionales suscritos con España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general; 3) que, sin embargo, respecto de la legitimación procesal esa capacidad abstracta de los Sindicatos debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ya que la función constitucionalmente atribuida a los Sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad; y, 4) en el orden contencioso-administrativo, ese vínculo, entendido como aptitud para ser parte en un proceso concreto o "legitimatio ad causam", ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico.

Siguiendo lo indicado en la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, procede en este punto traer a colación *"las Sentencias del Tribunal Constitucional número 210/94, 257/88, 106/96, entre otras, las cuales, en síntesis afirman que "(...) la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que corresponde a los Sindicatos, no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, por lo que, en cada caso en que el sindicato ejercite acciones, se exige un vínculo o conexión entre el propio Sindicato y la pretensión ejercitada. Y ese vínculo no puede ser otro que un interés en sentido propio, específico y cualificado".*

De acuerdo con lo indicado, en cuanto a la legitimación de D^a M. V. B. T. en representación del COMITÉ DE EMPRESA DE LIMASA MEDITERRÁNEA, en la



Resolución 281/2012, de 5 de diciembre, el Tribunal reconoció legitimación a un miembro del Comité de Empresa que impugnaba un Pliego por entender que el mismo no garantizaba el cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del sector y en un Acuerdo individual, en cuanto a la obligación de subrogación de los trabajadores del anterior contrato en caso de que el mismo se adjudicase a favor de un nuevo contratista, considerando el Tribunal 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 mismo sentido se pronunció, en un supuesto similar, la Resolución 257/2012, de 14 de noviembre. Por las mismas consideraciones, procede ahora reconocer la genérica legitimación del representante del Comité de Empresa de la mercantil que hasta la fecha venía ejecutando el contrato, la sociedad *“Instalaciones y Servicios S.A. INTRA”*.

Por último, 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 disfrutaban, 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).

Por todo lo expuesto, se aprecia legitimación para la interposición del presente recurso especial en el representante del Comité de empresa de LIMASA MEDITERRÁNEA D^a M. V. B. T.



Cuarto. En cuanto a los motivos de impugnación, se reducen a un único motivo cual es que la Oferta Económica de la Empresa propuesta como adjudicataria FERROSER incumple las obligaciones de los Pliegos.

En concreto, la actora denuncia que:

- “La Empresa propuesta como adjudicataria FERROSER no cumple las Jornadas en su Oferta Económica, dando 4,4 jornadas menos para el servicio de Limpieza.
- La empresa propuesta como adjudicataria FERROSER no cumple los precios unitarios para la categoría de Oficial de Mantenimiento: con una diferencia aproximadamente de 7.200€ menos que convenio para cada uno de los Oficiales.
- La Empresa propuesta como adjudicataria FERROSER no subroga a 2 trabajadoras que prestan actualmente el Servicio de Limpieza , y que se encuentran perfectamente relacionadas en la lista de personal que figura en el Pliego de Condiciones para la subrogación {Anexo IV), así mismo no figuran los oficiales de mantenimiento ni los conserjes, ni sus tipos de contratos ni antigüedades.
- La Empresa propuesta como adjudicataria FERROSER ofrece menos jornadas que las que existen actualmente, en la asignación de medios, especialmente en los Colegios”.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a dicha alegación manifestando que:

“Sobre los extremos alegados, argumentar que tomando en consideración la calificación jurídica del contrato como de "prestación de servicios" y no de "gestión de servicio público", lo cierto es que la subrogación de trabajadores no es una imposición legal, sino determinada por el Pliego de cláusulas en el marco de la regulación (costes salariales y otros) del Convenio colectivo aplicable, documento que forma parte del Pliego de Cláusulas regulador del procedimiento en ejercicio y cumplimiento legal de lo exigido por



el art. 120 del R.D 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Es decir el contratista adquiere la obligación de subrogación en la plantilla de trabajadores por imposición y determinación del Convenio Colectivo y legislación laboral, si bien la disposición y el número de trabajadores asignados queda en el marco de su proyecto organizativo, resultando orientativo el régimen obligacional del Pliego de Prescripciones Técnicas.

De otra parte significar, que la disposición de medios, tanto materiales como personales, quedan referidos al proyecto organizativo del licitador, resultando obligacional la subrogación en el marco del Convenio colectivo de aplicación, como antes se ha hecho mención".

Y, la adjudicataria en sus alegaciones al presente recurso se opone a lo alegado por la actora y defiende su adjudicación en el sentido de que cumple su oferta con los Pliegos:

"A) INCUMPLIMIENTO EN LAS JORNADAS DE PERSONAL DE LIMPIEZA: 4.4 JORNADAS MENOS QUE LAS EXIGIDAS POR EL PLIEGO PARA EL SERVICIO DE LIMPIEZA.

FERROVIAL, sobre la base de su experiencia en la prestación de servicio similares y el conocimiento de los colegios y dependencias municipales alcanzado durante las múltiples visitas realizadas a las Instalaciones, considera que el personal ofertado será el necesario para cumplir las exigencias del PPT, que debemos recordar no señalan unos mínimos en cuanto al personal a adscribir al servicio, siendo libre el licitador para realizar el dimensionamiento del servicio que considere más oportuno.

De modo que si no se alcanza los estándares de calidad exigibles, podrá ser penalizado por ello. Estaríamos por ello ante un problema de ejecución del contrato pero no de incumplimiento del pliego puesto que en el mismo no establece una exigencia de medios mínimos. Ya que las jornadas completas de 24,04 para fijos discontinuos y de 48,29 para personal fijo que aparecen en las tablas del pliego son datos orientativos sobre los que se



ha obtenido el presupuesto tipo de licitación pero no se refieran al personal mínimo a ofertar.

En este sentido conviene recordar que los pliegos, que constituyen la ley del contrato, establecen en la cláusula 18.1 del PPT el carácter meramente orientativo de los datos recogidos en las tablas incluidas en los pliegos (el subrayado es nuestra):

"18.1. - PROPOSICION ECONOMICA:

La oferta económica del licitador se presentará según el **modelo que figura como Anexo al PCAP.**

Junto con la proposición económica **los licitadores incluirán en el sobre C las dos tablas** que seguidamente se indican con el desglose que se detalla; los datos que se reflejan en dichas tablas, son meramente orientativos, por lo que los licitadores **han de cumplimentar las tablas sustituyendo estos datos Por los que sirven de base a su oferta económica".**

B) INCUMPLIMIENTO RESPECTO DE LOS PRECIOS UNITARIOS DE LA CATEGORÍA OFICIAL DE MANTENIMIENTO.

Negamos lo manifestado de contrario puesto que como demostraremos a continuación en la elaboración de dichos precios se ha atendido a todas las previsiones del Convenio.

- Para el personal a subrogar con categoría de oficial se ha tenido en cuenta el convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Toledo con la tabla de precios del 2016 (salario día, plus transporte y plus convenio), incluyéndose el plus incentivo facilitado en el anexo 4 del PPT " relación de personal facilitado por la empresa que actualmente presta el servicio" y la mejora salarial sobre el convenio de 7 ,49 euros/día, indicadas en documento de publicado en el perfil del contratante sobre cuestiones aclaratorias.



- *El resto de personal hasta llegar a los 10,45 oficiales ofertados por FERROVIAL se han valorado a convenio con las tablas del 2016 del convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Toledo.*
- *Se ha tenido en cuenta para el cálculo del coste medio de los oficiales, los beneficios en la cotización a la seguridad social por incentivos a la contratación y otras peculiaridades de cotización para los oficiales de nueva incorporación.*
- *Actualización de las tablas salariales del convenio colectivo Provincial de Toledo del año 2016, ya que el servicio será prestado durante 3 años.*
- *Aplicación del coste de seguridad social correspondiente.*

Teniendo en cuenta los datos anteriores se obtiene un coste empresa medio por trabajador de 28.294,89 Euros/año, que es el que se ha incluido y como ha quedado demostrado no supone incumplimiento alguno.

C) NO SUBROGACIÓN DE 2 TRABAJADORES DEL SERVICIO DE LIMPIEZA

En primer lugar nos gustaría aclarar que en el apartado 1.1.1 ADECUACIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS LABORALES AL OBJETO DEL CONTRATO solo se hace referencia al personal de limpieza en el análisis de la tipología de los contratos existente, por eso no aparecen en el listado los conserjes ni los oficiales de manteniendo, a los cuales subrogaremos y que se han tenido en cuenta en nuestra oferta.

Aclarado lo anterior conviene recordar la doctrina sentada por el TACRC quién ha tenido oportunidad de señalar, fundado en la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, que el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral y del Convenio ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su

hipotético incumplimiento, salvo que estemos ante una oferta temeraria. Supuesto en el que no se encuentra la oferta de FERROVIAL.

Planteamiento compartido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en reiterados informes, entre ellos el 34/01, que expone que "la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica".

En similares términos se pronuncian las resoluciones del TACRC. Sirvan entre otras, la Resolución nº 298/2011, de 7 de diciembre de 2011 (...).

En definitiva los pliegos, en consonancia con la doctrina expuesta, vinculan en el Apartado L del cuadro de características la obligatoriedad del Convenio a la temeridad de la oferta. De modo que será excluida la oferta temeraria que no cumpla con las prescripciones del Convenio. Algo que no se produce en nuestro caso, no solo porque nuestra oferta no es temeraria, sino porque los incumplimientos esgrimidos de contrario no son tales, como hemos aclarado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, nos gustaría dejar claro que FERROVIAL, independientemente del listado de subrogación incluido en su oferta en el apartado 1.1.1 "Adecuación de los distintos tipos de contratos laborales al objeto del contrato, procederá de conformidad con el Convenio colectivo y normativa de aplicación a la subrogación del personal que actualmente este adscrito al servicio bajo el convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Toledo, que cumplan los requisitos establecidos en dicho convenio para su subrogación, respetando los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa saliente del servicio.

D) LA EMPRESA PROPUESTA OFRECE MENOS JORNADAS QUE LA QUE EXISTEN ACTUALMENTE. EN LA ASIGNACIÓN DE MEDIOS. ESPECIALMENTE EN COLEGIOS



Debemos insistir nuevamente en que FERROVIAL ha realizado el estudio en función del conocimiento de los colegios y dependencias municipales que ha obtenido de las múltiples visitas realizadas a los mismos, y a su experiencia en la prestación de servicios similares. De acuerdo con dichas premisas, y siempre cumpliendo con las exigencias del pliego, FERROVIAL ha realizado un dimensionamiento del servicio que entendemos es adecuado para prestar el servicios, sin que esté obligado a ofertar el mismo número de horas que actualmente se están prestando”.

Dichas alegaciones son plenamente compartidas por este Tribunal por otra parte ya expuso en el recurso 987/2017, advirtiendo que no nos encontramos ante una oferta temeraria o desproporcionada por lo que cualquier supuesto incumplimiento del convenio colectivo de aplicación no resulta determinante de la exclusión de la oferta y es que por lo demás, conviene recordar que la competencia del Tribunal se limita al estricto ámbito de la contratación pública, sin extenderse, en ningún caso, a cuestiones atinentes al cumplimiento o incumplimiento de la normativa laboral, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que asiste a los interesados de hacer valer sus derechos laborales ante los órganos competentes de la Jurisdicción Social.

En consecuencia, dado que no pueden acogerse las alegaciones realizadas por la recurrente, procede desestimar el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a M. V. B. T., en representación del COMITÉ DE EMPRESA DE LIMASA MEDITERRÁNEA, contra el acuerdo de adjudicación de 5 de septiembre del procedimiento *“Servicio de conserjería de los colegios públicos de educación infantil y primaria, así como limpieza y mantenimiento de los colegios indicados y dependencias municipales del Ayuntamiento de Toledo” Expte. 26/20*, confirmándola por resultar conforme a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.