



Recurso nº 1540/2019

Resolución nº 173/2020

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

En Madrid, a 6 de febrero de 2020.

VISTA la reclamación interpuesta por D. R.H.M., en representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U., contra los pliegos de la licitación convocada por AENA para contratar el “*Servicio de mantenimiento de pasillos mecánicos, escaleras mecánicas, ascensores, montacargas y el sistema de monitoreo en el Aeropuerto de Palma de Mallorca*”, expediente PMI-495/2019; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. AENA S.M.E., S.A. convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 22 de octubre de 2019, y en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 23 de octubre de 2019, licitación por el procedimiento abierto para contratación del “*Servicio de mantenimiento de pasillos mecánicos, escaleras mecánicas, ascensores, montacargas y el sistema de monitoreo en el Aeropuerto de Palma de Mallorca*”, con expediente PMI-495/2019, con un valor estimado de 2.066.687,67 euros.

Segundo. Con fecha 28 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal reclamación presentada por THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U contra los pliegos que han de regir la anterior contratación.

Tercero. Interpuesta la reclamación, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 20 de diciembre de 2019 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 103 y 105 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los



servicios postales (en adelante LCSE), de forma que según lo establecido en el artículo 106.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución de la reclamación la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 LCSE, en relación con los artículos 47 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. Debe este Tribunal estudiar de oficio la legitimación del recurrente, de conformidad con los artículos 102 de la LCSE y 22.1.2º del RPERMC.

Como hemos señalado reiteradamente (por todas, la reciente Resolución nº 1300/2019, de 18 de noviembre), sobre la legitimación para recurrir los anuncios y pliegos que han de regir la contratación, es regla general de este Tribunal la que establece la inadmisibilidad del recurso en el caso de que éste se interponga por el licitador con posterioridad a la presentación de su oferta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.1.b) de la LCSP (salvo en los supuestos de nulidades de pleno derecho), así como la admisibilidad del mismo en el caso de que el recurrente de los pliegos, adquiera con posterioridad la condición de licitador mediante la presentación de su oferta en plazo, teniendo en cuenta que el recurso contra los pliegos no suspende dicho plazo.

En el presente caso el recurso se ha interpuesto el 28 de noviembre de 2019, finalizando el plazo para la presentación de ofertas el día 12 de diciembre, no constando en el expediente remitido por el órgano de contratación si el recurrente ha presentado o no oferta.



No obstante, también hemos señalado que en el caso de que el recurrente de los pliegos no presente con posterioridad oferta, se exige un examen especial de su legitimación, a fin de determinar si presenta verdaderamente o no un interés legítimo en la licitación.

En este sentido, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Supremo ha señalado que interés legítimo es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Así, en relación con la impugnación de los pliegos por potenciales candidatos no licitadores, en la Resolución nº 643/2016, dijimos:

“La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, que transcribe incorrectamente la recurrente, no avala su legitimación en cuanto “obiter dicta” declara 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...”.

Como señaló la Resolución 45/2012 de 3 de febrero de este Tribunal (recurso 017/2012), “...no es en absoluto cierto que resulte obligada la presentación de ofertas a una licitación si se pretende impugnar el correspondiente pliego de cláusulas, sino que, con toda evidencia, estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquél hecho valer”.

En el supuesto planteado, la recurrente no tiene todavía la condición de licitadora. No obstante, es una entidad mercantil cuyo objeto social comprende las prestaciones requeridas por el contrato y manifiesta en el recurso su interés por participar en la licitación, por lo que debe concluirse que sus derechos o intereses legítimos pueden resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso sobre los Pliegos y ha de reconocérsele la legitimación para interponerlo.”

En el presente caso, la reclamante THYSSENKRUPP ha justificado en su escrito que su objeto social coincide con el objeto del contrato, y que precisamente no puede presentar su oferta debido a las cláusulas contractuales objeto de impugnación, por lo que debemos reconocer su legitimación para impugnarlos.

Tercero. Se ha cumplido el requisito de plazo para la interposición de la reclamación, previsto en el artículo 104 de la LCSE.

Cuarto. Finalmente, la reclamación ha sido interpuesta contra un acto susceptible de reclamación en esta vía, al tratarse de los pliegos del contrato, acto recurrible conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP, en un contrato de servicios sujeto a la LCSE, y licitado por una entidad incluida en su ámbito de aplicación.



Quinto. Pasando al estudio del recurso, THYSSENKRUPP cuestiona únicamente el Anexo K del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que establece lo siguiente:

“SUBROGACIÓN DE MEDIOS HUMANOS

Con la finalidad de garantizar que la contratación se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, se solicitó a las actuales adjudicatarias la información relativa al convenio colectivo que aplica y a los trabajadores adscritos al expediente objeto de esta licitación.

Sin entrar a prejuzgar, tanto si el convenio colectivo es el que corresponde aplicar, en virtud de la actividad, como si existe o no la obligación de subrogación, ni el alcance de la misma, la actual adjudicataria del "Servicio de Mantenimiento de Pasarelas en el Aeropuerto de Palma de Mallorca", Zardoya OTIS, S.A., informa de que el convenio colectivo de aplicación es el Convenio del Metal de las Islas Baleares. Ante la imposibilidad de facilitar listado alguno de empleados que prestan el servicio con el actual contratista, debido a la negativa de éste a proporcionar dicha información; en el caso de que, una vez producida la adjudicación de este expediente los costes laborales fueran superiores a los estimados, el adjudicatario tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

No obstante, se informa de que los datos incluidos a este respecto no tienen carácter contractual, ni Aena S.M.E., S.A se hace responsable de su veracidad. Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento por la actual empresa adjudicataria del citado servicio de mantenimiento de las obligaciones que, en su caso, estuvieran establecidas en la normativa vigente que sea de aplicación a la relación laboral con sus trabajadores.”

Argumenta que dicha cláusula impide la correcta formulación de la oferta, toda vez que se ha constatado la obligación convencional de subrogación de todo el personal, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, que obliga al órgano de contratación a facilitar toda la información laboral, y conculcando los principios de igualdad y no discriminación en la contratación, toda vez que se trata de información que el actual adjudicatario del servicio y potencial competidor sí dispone.



El órgano de contratación, por su parte, ha emitido el informe a que hace referencia el artículo 105.2 de la LCSE.

Sexto. La información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo se recoge en el artículo 130 de la LCSP, que, si bien recoge en lo sustancial el anterior artículo 120 TRLCSP, es más extenso e introduce diversas novedades, destacando su remisión a las normas legales o convencionales de aplicación y no al propio contrato, como se hacía anteriormente.

Así, dispone el apartado primero del artículo 130 de la LCSP:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.”

Por su parte, los apartados cuarto y quinto indican lo siguiente:



“4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.”

No obstante, el presente contrato no está sometido a la LCSP, sino a la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE). No encontramos en dicha Ley una remisión expresa a la supletoriedad de la LCSP, por lo que dicho artículo 130 de la LCSP no se entiende aplicable a la presente licitación.

A pesar de ello, el órgano de contratación ha solicitado la información sobre los contratos de los trabajadores objeto de subrogación, no habiendo sido ofrecida por el actual adjudicatario hasta el día 18 de diciembre de 2019. Según indica el órgano de contratación, esta información se ha publicado en la página web de AENA el día 8 de enero de 2020, una vez vencido el plazo de presentación de ofertas.

Según los informes 8/19 de la Abogacía General del Estado, y 61/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el órgano de contratación cumple con lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP con indicar en el pliego la circunstancia de haber solicitado la información al actual adjudicatario, por lo que, de no ser aportada por éste, en nada se ve afectada la validez de los pliegos.

Así pues, el recurso debe ser desestimado, sin perjuicio de que, si el órgano de contratación considera esta información de interés para los potenciales licitadores, pueda acordar la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas.

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. R.H.M., en representación de THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U., contra los pliegos de la licitación convocada por AENA para contratar el *“Servicio de mantenimiento de pasillos mecánicos, escaleras mecánicas, ascensores, montacargas y el sistema de monitoreo en el Aeropuerto de Palma de Mallorca”*, expediente PMI-495/2019.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. 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 LCSE.

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 de 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.