



Recurso nº 1478/2023 C.A. Principado de Asturias nº65/2023

Resolución nº 1649/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C. P. A. , en representación de FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS UGT-FeSP-UGT, contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación del "*Servicio de transporte a personas mayores usuarias de centros de día adscritos al Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA)*", con expediente 2023000269; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aprobado el expediente de contratación y los pliegos por parte del Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA) por Resolución de la Directora Gerente con fecha 5 de octubre de 2023 del contrato del servicio de transporte a personas mayores usuarias de centros de día adscritos a dicho organismo, con división del objeto en dieciséis lotes y con un valor estimado de 9.751.391,72 €; el anuncio previo de licitación y los pliegos fueron enviados al DOUE el 19 de mayo de 2023 y publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 11 de octubre de 2023, señalando como fecha límite para la presentación de ofertas hasta las 14:00 horas del 27 de octubre de 2023.

La clasificación para este contrato fue anunciada con el CPV: 60130000 - Servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera y su objeto dividido en dieciséis lotes.

Segundo. El procedimiento abierto de adjudicación siguió los trámites que para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada regula la vigente 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 (en adelante LCSP).

Tercero. Dentro del plazo señalado en el anuncio han formalizado oferta las siguientes empresas:

- AUTOS JOSA, S.L.,
- REGINO FERNANDEZ FEITO.
- ADAPTRANS ASTURIAS, S.L., (CEEAST),
- TAXI SELLA SDAD COOPERATIVA ASTUR y
- TAXI TINEO SOCIEDAD COOPERATIVA.

Cuarto. El 31 de octubre de 2023 se formaliza en sede electrónica el presente recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores de este contrato por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS UGT-FeSP-UGT, suplicando la estimación del recurso y, por ende, la anulación del anuncio de licitación como los documentos que rigen la licitación, esto es, tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como el Pliego de Prescripciones Técnicas. También se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En especial, se ha dado trámite de audiencia a las licitadoras concurrentes para que en el plazo común de cinco días hábiles expresen las alegaciones convenientes para la defensa de sus derechos, sin que las mismas hayan sido presentadas.



Sexto. Por Resolución de la Secretaria General por delegación de este con fecha 7 de noviembre de 2023 se ha acordado la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 de la LCSP, 22.1. 1º del RPERMC y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29/10/2021).

Segundo. La recurrente, el sindicato FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS UGT-FeSP-UGT, en representación de los derechos de los trabajadores del sector goza de legitimación corporativa ex artículo 48 in fine de la LCSP:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles podiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.



El Tribunal considera que el recurso se ciñe al supuesto en que el artículo 48 reconoce legitimación a las organizaciones sindicales, por lo que se reconoce legitimación al sindicato recurrente.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y se contrae a una actuación susceptible de revisión en esta sede de acuerdo con el artículo 44.2, letra a) de la LCSP, el anuncio de licitación y los pliegos rectores de la licitación.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal conferido por el artículo 50 de la LCSP y se han dado satisfacción a las demás formalidades procedimentales de este recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso interpuesto por el Sindicato se centra en la impugnación de la cláusula referente a la no información sobre los trabajadores a subrogar.

Cláusula 2.6.3.1 "*Obligaciones laborales, sociales, fiscales y de protección del medio ambiente*" lo siguiente:

"El contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud laboral, por lo que vendrá obligado a disponer las medidas exigidas por tales disposiciones, siendo a su cargo el gasto que ello origine.

...En la actualidad no se presta el servicio de transporte a usuarios de centros por lo que no existe personal a subrogar...".

El servicio licitado se venía prestando por Transportes Adaptrans Centro especial de empleo, (así como otros, autos Mariano y dos taxis), que vienen haciendo las rutas a que se refiere el anuncio de licitación, sin contrato, con los trabajadores subrogados de la empresa anterior, Transportes Adaptados, que dejó el servicio con un contrato puente en mayo, en razón al impago de la Consejería.



Por tanto existe personal a subrogar y de conformidad con lo dispuesto en el art. 130 LCSP relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, 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.

Refiere igualmente que 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, aportándose 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”.

Por otro lado, también se impugna por la Federación Sindical la adscripción de los medios personales y la titulación exigida a los auxiliares de ruta acompañantes: auxiliar de enfermería en geriatría, técnico de cuidados auxiliares de enfermería, gerocultor, certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales, o certificación oficial como cuidador de personas mayores sobre la base de que: “La anterior exigencia, que hemos subrayado, no se venía requiriendo en las precedentes prestaciones del servicio, ni tiene justificación normativa, y , habida cuenta de la existencia de personal a subrogar que carece de ella se les impide conservar su empleo por la vía de subrogación que se interesa”.

Por todo ello, solicita la estimación del recurso y la anulación del anuncio de licitación y los pliegos rectores de este procedimiento de licitación.



Sexto. El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal firmado por la Directora del Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del ERA con fecha 8 de noviembre de 2023, se opone a las alegaciones de la recurrente y las rebate así:

Sobre la información de la subrogación del artículo 130 de la LCSP:

“En el caso aquí analizado se comprueba que esta exigencia se cumple, por cuanto se aplican los costes laborales de acuerdo con el Convenio colectivo que resulta de aplicación, en el momento de elaboración de los pliegos y que es el Convenio Colectivo del sector de Transportes por Carretera del Principado de Asturias, (BOPA 31/01/2020) y tablas salariales actualizadas por Resolución de 3 de marzo de 2023, BOPA núm. 52 de 16-III-2023.

El citado Convenio, del que la recurrente es parte firmante, recoge en su artículo dos, el ámbito funcional del mismo: “El presente Convenio regulará, a partir de su entrada en vigor, las condiciones de trabajo del personal y las Empresas de Transportes de Mercancías, Agencias de Transporte y Reparto, Transporte de Viajeros, Urbanos, Interurbanos y Discrecionales, Estaciones de Lavado y Engrase, Garajes y Aparcamientos, que se rijan por el texto de la Ordenanza Laboral de Transportes por Carretera, de 20 de marzo de 1971, y todas las modificaciones posteriores, así como el personal y empresas de Parking, tanto públicos como privados.”

Estando incluido en el mismo el objeto del contrato de la presente licitación.

Asimismo, el precitado Convenio, no recoge la obligación de subrogación.

(...).

EL PODER ADJUDICADOR NO PUEDE IMPONER LA SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES, SI LA MISMA NO SE CONTEMPLA EN EL CONVENIO COLECTIVO DE APLICACIÓN AL CONTRATO LICITADO, Convenio Colectivo aplicable que no es objeto de la presente Litis.



A mayor abundamiento, se da la circunstancia de que a fecha de elaboración por el Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del presente organismo y posterior aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares objeto de debate, no había servicio contratado de transporte de usuarios a centro de día, una vez finalizados los contratos menores tramitados, es decir, con lo que aun contemplando hipotéticamente el convenio colectivo aplicable una supuesta subrogación de trabajadores, esta no hubiera tenido lugar al no existir adjudicación del servicio.

Realiza la recurrente observaciones que no invoca en cuanto al fondo del asunto, relativas a la adscripción de medios personales (titulación de los auxiliares de ruta), el art. 76.3 de la Ley dispone que la adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación., Entendiendo el órgano de contratación que se cumplen dichas condiciones en el presente caso”.

Por último, el informe del órgano de contratación cierra así la defensa de sus pliegos:

“Finalmente, a la fecha del recurso 5 empresas habían presentado oferta a la licitación del contrato objeto de este recurso. Habida cuenta que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada de los Pliegos y que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista conforme a los art. 138 y 197 de la LCSP, respectivamente, decaen los argumentos de la recurrente”.

En definitiva, suplica la desestimación del recurso.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, pasamos a resolver el fondo del asunto.

Como hemos dicho en la resolución del Recurso 1468/2023, aprobada en la misma sesión del Tribunal, relativa a este procedimiento de contratación:

“En primer lugar, lo relativo a la titulación exigida a los auxiliares de ruta acompañantes.



Sobre este asunto, el órgano de contratación se limita a decir que considera que los requisitos de solvencia adicionales exigidos son razonables, justificados y proporcionales. No niega que en el pasado no se exigiera titulación alguna para estos trabajadores, por lo que puede suceder, como alega la recurrente, que algunos de los que venían desempeñando esta labor no puedan seguir haciéndolo, si no disponen de esas titulaciones, pese a contar con muchos años de experiencia.

Conforme a los artículos 74 y 76 de la LCSP, los requisitos de solvencia y compromiso de adscripción de medios, deben ser proporcionales.

Ni en el pliego de cláusulas, ni en el informe al recurso, se ha justificado la proporcionalidad de exigir ahora unos requisitos de titulación, a los auxiliares de ruta acompañantes, que no se han requerido en el pasado, ni las razones que demandan que sean precisamente las elegidas, las titulaciones que se consideran necesarias.

Se estima este motivo de recurso, y se anula por falta de motivación, en la página 26 del PCAP, el siguiente párrafo:

“El/a auxiliar de ruta acompañante tendrá titulación de formación como auxiliar de enfermería en geriatría, técnico de cuidados auxiliares de enfermería, gerocultor, certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales, o certificación oficial como cuidador de personas mayores, ocupará plaza en una zona próxima a la puerta de servicio central o posterior y tendrá que conocer el funcionamiento de los mecanismos de seguridad del vehículo y deberá adoptar todas las medidas necesarias para que el transporte se desarrolle en un clima de seguridad y normalidad.”

Así como los párrafos con él relacionados.

Se retrotrae el procedimiento al momento anterior a la aprobación del PCAP”.

Por tanto, de igual modo, y con los mismos efectos, se estima este motivo de recurso.



Octavo. En cuanto a la información sobre la subrogación (artículo 130 LCSP), en la resolución del Recurso 1468/2023 acordamos lo siguiente:

“SÉPTIMO. En segundo lugar, analizaremos las alegaciones sobre el convenio colectivo aplicable, el cumplimiento de la obligación de información que impone el artículo 130 de la LCSP, y si se están, o no, prestando en la actualidad los servicios.

El órgano de contratación alega que el convenio colectivo aplicable es el Convenio colectivo del sector de Transportes por Carretera del Principado de Asturias, y así se indica en el PCAP, a efectos del cálculo del presupuesto base de licitación. Este convenio colectivo, que no impone la obligación de subrogación de los trabajadores, define en su artículo 2 su ámbito funcional del siguiente modo:

“El presente Convenio regulará, a partir de su entrada en vigor, las condiciones de trabajo del personal y las Empresas de Transportes de Mercancías, Agencias de Transporte y Reparto, Transporte de Viajeros, Urbanos, Interurbanos y Discrecionales, Estaciones de Lavado y Engrase, Garajes y Aparcamientos, que se rijan por el texto de la Ordenanza Laboral de Transportes por Carretera, de 20 de marzo de 1971, y todas las modificaciones posteriores, así como el personal y empresas de Parking, tanto públicos como privados.”

Teniendo el presente contrato por objeto “el servicio de transporte a personas mayores usuarias de centros de día adscritos al Organismo autónomo ERA”, parecería que, efectivamente, éste debería ser el convenio colectivo aplicable. De hecho, la asociación recurrente es uno de los firmantes de este convenio colectivo.

La recurrente cuestiona que éste sea el convenio colectivo aplicable, en base a dos sentencias que aporta:

- Sentencia del Juzgado de lo Social número 3, de Oviedo, de fecha 5 de julio de 2021, que estima una demanda de despido improcedente de tres trabajadores (una conductora y dos auxiliares acompañantes), contra una empresa (UTE) que presta un servicio de transporte para el ERA, similar al presente. Estos trabajadores venían rigiéndose por el “convenio colectivo marco estatal de los servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal”, que impone la subrogación, dado



que su anterior empresa empleadora era un centro especial de empleo. El Juzgado estima la demanda, afirmando, además, que uno de los integrantes de la UTE adjudicataria es también un centro especial de empleo. Salvo error, nada dice esta sentencia sobre la condición de discapacitados de los tres trabajadores demandantes.

También afirma esta sentencia, como argumento, que “El servicio ahora adjudicado a la UTE es el mismo que en su momento se adjudicó a la Cruz Roja Española y luego a ADAPTRANS ASTURIAS SL, no únicamente de transporte desde su domicilio al centro de día y viceversa sino también la ayuda y el apoyo especial que requiera cada persona usuaria y el control necesario, su adecuada atención y seguridad durante la prestación del servicio, hasta el punto de que se prevé como obligatoria la presencia de un/a acompañante en el transporte, y no podrá realizarse el servicio sin que éste/a se encuentre a bordo del vehículo, salvo que la no realización del transporte implicase un riesgo mayor para las personas usuarias. Exigiéndose también, respecto del personal acompañante, acreditación de experiencia de al menos 1 año en el cuidado y atención a personas mayores dependientes”.

- Sentencia 2259/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo, de fecha 9 de noviembre de 2021, confirmatoria de la anterior. En el F.D. Tercero se considera acertada la argumentación de la sentencia de instancia, de que los trabajadores se venían rigiendo por el convenio colectivo marco estatal de los servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, por ser el anterior empleador un centro especial de empleo, y que el objeto del contrato no se limita al transporte. Salvo error, tampoco se hace alusión a que los trabajadores demandantes tengan la condición de trabajadores discapacitados.

Sobre esta materia, la obligatoria subrogación de los trabajadores provenientes de un centro especial de empleo, se ha pronunciado la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de octubre de 2023, Procedimiento Ordinario 156/2020, considerando que el apartado 2 del artículo 130 de la LCSP establece una subrogación legal, consistente en la obligación de subrogar a los trabajadores con discapacidad que vinieran ejecutando el contrato para un centro especial de empleo, aunque el convenio colectivo sectorial no imponga la obligación de subrogación.



Este Tribunal considera que la principal razón de decidir de las dos anteriores sentencias de los Juzgados y Tribunales del orden social del Principado de Asturias es la condición de centro especial de empleo, tanto del anterior empleador de los trabajadores, como de una de las participantes en la nueva UTE adjudicataria, y que las razones sobre el objeto del contrato lo son a mayor abundamiento.

Por ello, no se considera que proceda anular la mención de los pliegos al Convenio colectivo del sector de Transportes por Carretera del Principado de Asturias, que sólo se indica a los efectos del cálculo de presupuesto base de licitación. En todo lo demás, el PCAP remite al convenio que resulte aplicable.

Por otro lado, existe controversia entre las partes sobre si en la actualidad se están prestando, o no, determinados servicios de transporte en algunos CPR.

Por tanto, existiendo dudas sobre cuál deba ser el convenio colectivo aplicable al contrato con carácter general (si el de transportes de Asturias, que no impone la subrogación, o el estatal de atención a personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal, que si la impone), sobre la existencia de algún centro especial de empleo como prestador del servicio en el pasado, y sobre, en su caso, del hecho de estarse prestando en la actualidad, o en fechas recientes, el servicio por parte de alguna empresa, el órgano de contratación debe cumplir con la obligación de informar a los licitadores de la posible existencia de derechos de subrogación de ciertos trabajadores, lo que no implica que necesariamente exista ese derecho.

Se estima este motivo de recurso, ante la falta de información en el pliego relativa a los trabajadores que podrían tener derecho a la subrogación, ex artículo 130 de la LCSP, con retroacción de actuaciones”.

Por tanto, se estima igualmente este motivo. La estimación tiene carácter parcial, porque la recurrente afirma que existe personal con derecho a subrogación, lo que no se afirma en esta Resolución.

Por todo lo cual,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C. P. A. , en representación de FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS UGT-FeSP-UGT, contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación del “*Servicio de transporte a personas mayores usuarias de centros de día adscritos al Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA)*”, con expediente 2023000269, con los efectos declarados en el fundamento de derecho séptimo y octavo de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 Asturias, 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 10.1, k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES