



Recurso nº 360/2019- C. Valenciana nº 66/2019

Resolución nº 695/2019

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

En Madrid, a 27 de junio de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. Luis Cabrera Álvarez, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS (ANESE), contra los pliegos rectores del procedimiento “*Contrato de servicio de mantenimiento de la instalación de alumbrado público de la Ciudad de Valencia*”, convocado por el Ayuntamiento de Valencia, expte nº 04101-16/SER/19 /2019, dividido en dos lotes y con valor estimado de 18.360.000 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 28 de noviembre de 2018, el Teniente Alcalde-Delegado del Área de Gobierno Interior del Ayuntamiento de Valencia propuso a la Junta de Gobierno Local de la Corporación la iniciación de oficio del procedimiento para la contratación del servicio de mantenimiento de la instalación del alumbrado público de la ciudad de Valencia.

Segundo. Aprobado el expediente y los pliegos, el anuncio de licitación fue enviado a su publicación oficial en el Diario Oficial de la Unión Europea el 1 de marzo de 2019. Del mismo modo la publicidad del anuncio y de los pliegos se realizó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 4 de marzo del presente. En los anuncios se advirtió que el procedimiento de adjudicación sería el abierto, que la forma de presentación de las proposiciones era electrónica y que el plazo máximo de su presentación vencía el 1 de abril de 2019 hasta las 12:00 horas. El valor estimado del contrato se anunció por 18.360.000€(IVA excluido);

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, regula la vigente Ley 9/2018, de 7 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).

Cuarto. El Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Valencia, según los datos obrantes en la Plataforma de Contratación del Sector Público certificó que dentro del plazo de licitación han presentado proposiciones las siguientes empresas:

- ACEINSA MOVILIDAD, S.A.
- CITELUM IBÉRICA, S.A.
- ETRALUX, S.A.
- FERROVIAL SERVICIOS, S.A.
- GENERA QUATRO S.L.-MONTAJES ELÉCTRICOS ESBER, S.L. (UTE),
- ILUMINACIONES GOMEZ, S.L.
- IMESAPI, S.A.
- NITLUX, S.A.
- SAIMA SEGURIDAD, S.A.
- SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (SICE).

Quinto. Con fecha de 27 de marzo del presente, la representación de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS, presentó en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda, la formalización del recurso especial en materia de contratación pública contra los referidos pliegos, por considerar que algunas de sus cláusulas resultan contrarias a Derecho.

Sexto. La Secretaria General del Tribunal reclamó el del expediente y el informe del órgano de contratación y concedió a las licitadoras un plazo común de cinco días para formular las alegaciones que a sus derechos conviniesen. Han presentado alegaciones en tiempo y forma, dos de las empresas concurrentes. Por un lado IMPESAPI, S.A., interesando la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la asociación recurrente; y por otro, ETRALUX, S.A., suplicando del mismo modo, la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa y en su caso, la desestimación del mismo.

Séptimo. Dado que la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Energéticos (ANESE) solicitó en su recurso la adopción de medidas cautelares, por Resolución de 15 de abril de 2019, la Secretaria General actuando por delegación de este Tribunal acordó



resolver la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que ésta 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.

Octavo. 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Valencia suscrito el 22 de marzo de 2013, que atribuye las competencias para entender de este tipo de recursos contractuales.

Segundo. La recurrente, ANESE, invoca una legitimación difusa o corporativa para sostener sus pretensiones de nulidad de los pliegos de conformidad con el artículo 48 segundo inciso de la LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada que 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 además el acto recurrido, los pliegos, son uno de los previstos para el recurso especial en el artículo 44.2, a) del mismo cuerpo legal.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado cumplimiento a las demás exigencias procedimentales, por lo que procede su admisión.

Quinto. Sostiene la defensa de la mercantil impugnante la nulidad de pleno Derecho de una de las cláusulas del pliego, en especial en lo referente a la imposición de la subrogación de trabajadores. En este sentido, estima que ha de ser una ley, un convenio colectivo o un



pacto de negociación colectiva de eficacia general los que han de amparar la subrogación laboral, sin que tal imposición puede proceder directamente de la voluntad unilateral del órgano de contratación plasmada en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

A juicio de la defensa de la Asociación recurrente y trayendo a colación la Resolución de este Tribunal nº 379/2018 que analizó el mismo convenio colectivo, viene a concluir que el Convenio Colectivo del sector de la industria, tecnología y servicio del metal en su artículo 49 bis no recoge expresamente la imposición del deber de subrogación del personal, *“resultando que el órgano de contratación carece de facultades para imponer tal obligación de subrogación y, por tanto los pliegos no pueden preverla”*.

En síntesis, suplica al Tribunal la estimación del recurso y por ende, la anulación de la obligación de subrogación del personal que presta sus servicios en la actual empresa adjudicataria, debiendo el órgano de contratación adecuar el contenido de los pliegos y retrotraer el procedimiento a la fecha en que se procede a la publicación del nuevo anuncio de licitación.

De contrario, el informe del órgano de contratación evacuado el 15 de abril de 2019 y firmado por la Secretaria General de la Administración Municipal con el visto bueno del Teniente de Alcalde, viene a contradecir lo expresado por la empresa recurrente. Motiva la legalidad de la subrogación con fundamento en el artículo 49 bis del Convenio Colectivo de trabajo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del metal de la provincia de Valencia (B.O.P. de Valencia nº 46 de 6 de marzo de 2018), cuyo tenor literal expresa que:

“Solo para los casos de contratos licitados según la clasificación de la Ley de Contratos del Sector Público y siempre y cuando los mismos impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse en determinadas relaciones laborales, el presente convenio dará cobertura a las condiciones a que haga referencia la citada licitación”.

A tal efecto, en la Adenda explicativa sobre la subrogación emitida por el Ayuntamiento de Valencia ya advertía que: *“Según el Convenio Colectivo al que se hace referencia, cabe la subrogación siempre y cuando el contrato imponga al adjudicatario la obligación”*.

A este respecto, la Comisión para el análisis de los varios aspectos sociales, laborales, medioambientales y de comercio justo, nombrada por Acuerdo de la Junta de Gobierno



Local, en sesión celebrada el 23 de octubre de 2015, en relación con la aplicación de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la Responsabilidad Social, acordó, en sesión de 9 de noviembre de 2018, que teniendo en cuenta lo dispuesto en el Preámbulo de la citada Ley 18/2018, en su apartado IV, que determina que <<El título I hace referencia al fomento de la responsabilidad social, y si bien es cierto que esta supone un cumplimiento voluntario más allá de las obligaciones legales y convencionales existentes, desde los poderes públicos se debe desempeñar un papel de apoyo ofreciendo una combinación de medidas voluntarias y, en caso necesarios, de acciones reguladoras>>, y el propio art. 13.1. e), habría que interpretar que, cabe la subrogación siempre que el convenio colectivo así lo establezca, de conformidad con el artículo 130 LCSP y el artículo 13.1.e) de la Ley 18/2018, y en aquellos supuestos en que el Convenio Colectivo deje a la voluntad o criterio de la Administración la subrogación, siempre que el servicio gestor lo proponga de forma motivada, en el ejercicio de una acción reguladora que el propio preámbulo reconoce”.

Además el informe del órgano de contratación se apoya en la memoria justificativa del procedimiento emitida el 26 de febrero de 2019 que justificaba la necesidad de la subrogación y concluía que: *“Por todo esto proponemos la subrogación, como una forma de facilitar a la empresa contratista la disposición inmediata de ese personal experto, totalmente operativo desde el primer día, sin necesidad de períodos de formación, cuya consecuencia sería la exposición a averías más tiempo del imprescindible, así como un posible deterioro innecesario de la instalación o reiteración de averías innecesarias en caso de averías mal resueltas”.*

Sexto. A pesar de que el órgano de contratación no cuestiona la legitimación de la asociación recurrente, puesto que ha sido negada en las alegaciones presentadas por dos de las licitadoras concurrentes, IMESAPI, S.A. y ETRALUX, S.A., este Tribunal, prima facie ha de entrar a valorar la concurrencia de dicho presupuesto procesal, cuya negación conlleva la inadmisibilidad del recurso especial interpuesto.

Afirman ambos escritos de alegaciones que la Asociación ANESE carece de legitimación para entablar el recurso, pues los intereses de sus asociados (parcial y no de todos ellos) no es coincidente con el objeto del contrato. En sus consideraciones estiman que los fines de ANESE según sus Estatutos consisten en la promoción, fomento y desarrollo tanto de



las empresas de servicios energéticos como de su actividad y la representación de sus asociados ante los organismos públicos. De esta guisa, abundan en la negativa de la legitimación activa de esta Asociación pues ANESE agrupa a autónomos, empresas e instituciones dedicados a servicios energéticos, circunscribiendo el objeto de su actividad a la promoción, fomento y desarrollo relacionados con los servicios energéticos.

En este sentido y con fundamento en algunas resoluciones de este Tribunal, entre ellas, la nº 130/2018 niegan la legitimación de ANESE pues es necesario que acredite que la eventual estimación del recurso vaya a afectar directamente a la esfera de los intereses colectivos que representa, intereses que han de ser concretos y no meramente hipotéticos. En este sentido, las alegaciones de las mercantiles referidas precisan que ANESE no acredita interés directamente relacionado con el objeto del contrato, pues los fines de esta Asociación y la defensa de los intereses de sus asociados no son coincidentes con las prestaciones objeto del contrato, que no es el suministro de servicios energéticos sino el mantenimiento del alumbrado público. En fin, en su parecer la Asociación recurrente no acredita un interés directamente relacionado con el objeto del contrato, para impugnar por ende, los pliegos rectores del mismo, dado que los pliegos no requieren que los licitadores sean empresas de servicios energéticos sino el mantenimiento de la instalación de alumbrado público de la ciudad de Valencia con la especificación en el PPT, cláusula 1.1 de la relación de trabajos permanentes y complementarios que se exceden de los llamados “Servicios Energéticos”; por todo ello, instan la inadmisión del recurso por entender que la ANESE carece de legitimación pues los intereses colectivos del sector que representa no son coincidentes con las prestaciones objeto del contrato licitado.

Vistas dichas alegaciones, hemos de partir del artículo 48 de la LCSP que reconoce legitimación corporativa a: *“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera 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**”.*



Los intereses afectados, difusos o corporativos han de estar conectados con los fines de la propia Asociación plasmados en sus Estatutos cuyo artículo 1 afirma que: *“Con la denominación de ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS se constituye una asociación que agrupe a los autónomos (personas que trabajan por cuenta propia), empresas (personas jurídicas) o instituciones que, con independencia de las distintas actividades que efectivamente desarrollen dentro del sector energético, su dimensión o titularidad, se configuren como Empresas de Servicios Energéticos tal y como las define la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y la normativa española que en cada momento resulte aplicable”*.

La interpretación restrictiva que hacen las alegaciones presentadas para discernir los fines de la Asociación con las prestaciones propias del contrato, no puede ser compartida por este Tribunal, considerando que en efecto, pueden agrupar intereses de eventuales licitadoras que además de ser empresas de servicios energéticos, su objeto social, les habilite para la prestación del servicio licitado.

En conclusión, considerando que ANESE goza de legitimación corporativa al amparo del artículo 48 de la LCSP, procede entrar a enjuiciar el fondo de la cuestión planteada.

Séptimo. Todo el recurso formalizado por ANESE se centra en la improcedencia de la cláusula de subrogación del personal impuesta en los pliegos amparándose en el artículo 49 bis del Convenio Colectivo del sector de la industria, tecnología y servicios del metal, firmado el 27 de julio de 2017 y publicado BOPV, de 6 de marzo de 2018.

El parámetro de legalidad de tal subrogación laboral ha de ser el vigente artículo 130 de la LCSP, cuyo párrafo 1º dispone que:

“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”.

En cuanto al contenido y alcance de dicho precepto (artículo 120 del TRLCSP y ahora artículo 130 LCSP), este Tribunal señaló, entre otras muchas, en sus Resoluciones números 181/2011, 8/2013, 75/2013, 136/2013, 264/2013, 608/2013, 321/2014, 872/2014 y 891/2014, en consonancia con la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 31/1999, de 30 de junio, y 33/2002, de 23 de octubre, lo siguiente:

“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”.

También dijimos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se encuentre ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge como **una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate, pero en ningún caso del pliego.**



Ello es así porque los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y el adjudicatario, documento que en ningún caso excluye la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento. Por ello, el hecho de que en el pliego no se contemplen específicamente las distintas obligaciones impuestas por la normativa correspondiente no significa que las mismas no hayan de ser cumplidas.

En fin, señalamos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista, que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, no surge del artículo 44 del ET, pues la situación es la de una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria y no hay subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino de la exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Así lo corrobora la jurisprudencia que declara que la mera sucesión de contratistas no determina, por sí sola, la aplicación de dicho precepto, salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización básica para la explotación (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 –Roj STS 4481/2013–, 13 de febrero de 2013 –Roj STS 993/2013– y 19 de diciembre de 2012 –Roj STS 9066/2012–).

Además, en las Resoluciones 46/2014, 336/2015 y 112/2017, el Tribunal consideró inadmisibles 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, al margen del criterio legalmente establecido en el *artículo 88 del TRLCSP*, que ordena al órgano de contratación estar al coste real del servicio en los doce meses inmediatamente anteriores a la licitación. Así, los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento, aunque no la única, a efectos de determinar el valor de mercado.



En fin, tratándose de cláusulas de subrogación pactadas en convenio colectivo sectorial de aplicación, la obligación de la Administración contratante se limita a facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, de acuerdo con el artículo 130 de la vigente LCSP.

En el supuesto que nos ocupa, debemos hacer además una referencia especial a nuestra Resolución nº 529/2017, -citada en la Resolución nº 379/2018-, por la que se resolvieron los recursos interpuestos en relación a los Pliegos de otro contrato de servicios de mantenimiento integral de instalaciones en la Comunidad Valenciana, resolviendo este Tribunal que no existía, en este sector de actividad en esa Comunidad Autónoma, obligación de subrogación de trabajadores establecida por Convenio Colectivo aplicable al sector y que por tanto, los Pliegos de la licitación no podían establecer de manera autónoma y unilateral esta obligación.

El órgano de contratación alega en su informe, como justificación de la inclusión de la obligación de subrogación del personal por entender aplicable el Convenio Colectivo del sector de la industria, tecnología y servicios del metal, firmado el 27 de julio de 2017 y publicado BOPV, de 6 de marzo de 2018, que en su artículo 49 bis establece *“solo para los casos de contratos licitados según la clasificación de la ley de Contratos del Sector Público y siempre y cuando los mismos impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse en determinadas relaciones laborales, el presente convenio dará cobertura a las condiciones a que haga referencia la citada licitación”*.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, esta alegación no puede tenerse en cuenta para justificar la inclusión de la obligación de subrogación laboral. Todo ello, y sin hacer otras valoraciones sobre el tenor del precepto del Convenio Colectivo, lo cierto es que el mismo no establece la citada obligación, pues se remite al supuesto de que lo impongan los pliegos de la licitación y, como hemos señalado reiteradamente, estos no pueden establecerlo de forma unilateral y autónoma.

Aunque es obvio, debemos recordar que en ningún caso puede instrumentarse la contratación de personal a través de un contrato de servicios. Así, a juicio de este Tribunal, no pueden tenerse en cuenta las alegaciones del órgano de contratación y procede anular la cláusula referida a la obligación de subrogación del personal laboral.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. Luis Cabrera Álvarez, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS, contra los pliegos rectores del procedimiento “*Contrato de servicio de mantenimiento de la instalación de alumbrado público de la Ciudad de Valencia*”, anulando la obligación de subrogación del personal recogida en los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión decretada mediante Resolución de 15 de abril de 2019.

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 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 la Comunidad Valenciana, 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.