

Recurso 393/2019

Resolución 156/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AOSSA GLOBAL S.A.** contra la memoria justificativa y los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “Servicios Educativos complementarios en Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, mediante procedimiento abierto” (Expte. 19/42486), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de septiembre de 2019, se publicó en perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, poniéndose a disposición de los interesados a través de este medio electrónico y en esta fecha los pliegos rectores de la licitación.

El valor estimado del contrato asciende a 348.985,00 euros.



SEGUNDO. La licitación se rige por la 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). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 15 de octubre de 2019 la entidad mercantil AOSSA GLOBAL, S.A –AOSSA-, presenta en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial contra la memoria justificativa, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 16 de octubre de 2019, se le dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo así como el expediente administrativo y el listado de los licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 22 de octubre de 2019.

QUINTO. Con fecha 14 de noviembre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP. En este sentido, nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado de 348.985,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

TERCERO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».* En el supuesto examinado, los pliegos se publicaron el 27 de septiembre de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 15 de octubre de 2019 en el registro de este Tribunal, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

CUARTO. Procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial.



Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«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».*

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la recurrente interpone el recurso contra la memoria justificativa y los pliegos por entender que infringen el artículo 130 de la LCSP al no contemplar la subrogación del personal que anteriormente prestaba el servicio.

En este sentido, el escrito de recurso basa su pretensión en que la licitación se refiere a la contratación de servicios educativos complementarios que se desarrollan en diversas escuelas infantiles cuya gestión directa fue asumida por la Consejería de Educación y Deportes desde el 1 de septiembre de 2019, mediante la reversión del servicio público que hasta ese momento había sido prestado y gestionado por empresas contratistas privadas, mediante la licitación de contratos públicos, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 149/2009, de 12 de mayo. Así queda reflejado en la memoria justificativa (apartado 2º y Anexo I) y el apartado 2 y Anexo I-A del PCAP y apartados 1, 3, 4, y del PPT, constando la licitación de cinco lotes, uno por cada centro.

Frente a lo manifestado en la memoria justificativa, alega que no es la primera vez que se licita este servicio, habiendo sido objeto de una licitación anterior en un contrato con un objeto más amplio, de gestión de servicios públicos relativos a las escuelas infantiles a las que se refieren los lotes, habiendo prestado tales servicios AOSSA en relación con los centros educativos E.I. EL FARO (TORROX) y E.I. ANDALUNA (SEVILLA), lotes 4 y 5 respectivamente de la presente licitación, al haber sido adjudicados en el expediente de licitación 0084/ISE/2015/SC, "Gestión del servicio público de atención socioeducativa en escuelas infantiles en la modalidad de concesión mediante procedimiento abierto".

Este contrato fue objeto de dos prórrogas, ocupándose AOSSA de las gestión integral del servicio público socioeducativo en los dos centros citados, incluyendo en la misma la prestación de los servicios complementarios educativos que son objeto ahora de licitación, y habiéndose subrogado como empleadora en los trabajadores que se encontraban prestando el servicio público con la anterior adjudicataria.



Añade que con la reversión del servicio público y ante las previsiones de la Directiva 2001/23/CEE y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresas, disposiciones convencionales y demás normativa la Agencia tenía que haberse subrogado en los trabajadores que prestaban el servicio público, cosa que no hizo, por lo que los trabajadores han procedido a interponer papeletas de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC), así como demandas de despido frente a la Agencia y a la propia empresa.

Por todo ello considera que en la presente licitación sí debe existir subrogación de trabajadores, debiendo contener los pliegos tal obligación. Sostiene que la Agencia debió subrogarse en los trabajadores cuando se produjo la reversión del servicio público, y que las nuevas adjudicatarias deberían subrogarse a su vez, por lo que la memoria justificativa y los pliegos vulneran el artículo 130 de la LCSP en relación con el XII convenio de centros de asistencia y educación infantil.

La entidad recurrente fundamenta la condición de interesada en el procedimiento en su calidad de anterior adjudicataria del servicio, lo que señala tanto en la letra C) del apartado “presupuestos del recurso” como en el fundamento de derecho tercero.

Expuestas las manifestaciones de la entidad recurrente procede analizar su legitimación para interponer el recurso especial impugnando la memoria justificativa y los pliegos, teniendo en cuenta que no consta en el expediente remitido a este Tribunal que haya presentado oferta a la licitación, habiendo finalizado el plazo de presentación de proposiciones, según el informe del órgano de contratación, el día 14 de octubre de 2019, es decir, el día anterior a la presentación del recurso.

Sobre la legitimación para impugnar los pliegos que rigen una licitación existe una consolidada doctrina de los órganos competentes para la resolución del recurso especial. Así, en su reciente Resolución 326/2020, de 5 de marzo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala:

“Tercero. Respecto a la legitimación del recurrente, debemos señalar lo siguiente:

El artículo 48 de la LCSP, dispone que:



“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.”

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, procede hacer un examen de la legitimación del recurrente toda vez que no ha presentado oferta en la licitación impugnada, como cuestión previa al estudio del fundamento del recurso. En este sentido, y como afirma la reciente resolución 1166/2019 de este Tribunal:

“La regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato. Ahora bien, esta regla general, tiene una excepción, en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso. (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras).”

Así las cosas, en el presente recurso la recurrente no manifiesta ni se deduce del contenido de su escrito de impugnación que los pliegos le impidan licitar en condiciones de igualdad; es más, como hemos señalado no consta que haya presentado oferta a la presente licitación. A ello debe añadirse que la cuestión que plantea, que los pliegos recojan la obligación de subrogación, trae causa de hechos anteriores, sobre los que la entidad contratante ya se pronunció en sentido negativo, es decir, no se subrogó en dicho personal. Esta decisión, según manifiesta la entidad recurrente, se encuentra además pendiente de resolución en sede judicial ante la jurisdicción social, cuestión que, por otro lado, se mueve estrictamente en el ámbito del derecho laboral, y que no se encuentra dentro del ámbito de enjuiciamiento de este Tribunal

Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 401/2018, de 23 de abril:

“En el presente caso la obligación de subrogación, encuentra su base no en una norma de carácter administrativo, sino en una de naturaleza laboral, como es el artículo 27.3 del Convenio Colectivo General del



sector de la construcción, publicado en el Boletín Oficial del Estado 232/2017, de 26 de septiembre. La interpretación de este precepto, así como la resolución de los litigios que puedan plantearse sobre su aplicación, queda extramuros de la competencia de este Tribunal, por la naturaleza esencialmente laboral del mismo, que supone que hayan de ser los órganos de la jurisdicción social en su caso quienes determinen si la trabajadora que solicita la subrogación reúne o no los requisitos establecidos para que se le aplique el artículo 27.3 del Convenio.”

En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP procede apreciar la falta de de legitimación de la entidad recurrente, y declarar la inadmisión del recurso.

QUINTO. No obstante, y a mayor abundamiento, si entrásemos en el fondo del recurso, expuestas las alegaciones de la recurrente en el anterior fundamento de derecho, procede en primer lugar reproducir las del órgano de contratación. Comienza el informe indicando que el recurso se resume en la impugnación de la memoria justificativa y los pliegos del concurso, al contener los mismos la previsión de que no es obligatoria la subrogación del personal que venía prestando los servicios objetos de la licitación en el anterior contrato (expediente de contratación 00084/ISE/2015/SC) del cual la recurrente fue adjudicataria, todo ello vulnerando el artículo 130 de la LCSP; el art. 31 del Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil publicado en el BOE núm. 178, de 26 de julio de 2019 (Código de Convenio n.o 99005615011990); así como con absoluta inobservancia del art 44 del ET y la Directiva 2001/23/CEE.

Señala el informe que el expediente 00092/ISE/2019/SC tiene por objeto la contratación de los servicios complementarios a desarrollar en cinco Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, y que como argumenta la recurrente, las cinco Escuelas Infantiles incluidas en el expediente recurrido, estaban gestionadas de forma integral por empresas privadas a través de contratos de gestión de servicio público mediante la modalidad de concesión hasta el término de la segunda prórroga del expediente de contratación 00084/ISE/2015/SC, coincidiendo con el término del curso escolar 2018/2019, realizándose la reversión del servicio público que hasta entonces había sido prestado y gestionado por empresas contratistas privadas.

A partir del 1 de septiembre de 2019 y coincidiendo con el inicio del curso escolar 2019/2020, la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía procedió a dotar a estas cinco Escuelas del personal laboral propio para la prestación de la atención integral del servicio de atención socioeducativa y



servicio de comedor.

A continuación, el órgano de contratación precisa que en estas cinco Escuelas Infantiles durante ningún curso escolar se ha prestado ni licitado por parte de la Agencia el servicio que ahora está en discusión, esto es, los servicios complementarios objeto de la presente licitación, a diferencia del resto de Escuelas Infantiles de titularidad de la Consejería de Educación y Deporte donde se vienen prestando estos servicios desde la creación del Plan de Apoyo a las Familias Andaluzas (Decreto 137/2002, de 30 de abril).

Así pues, el último expediente de contratación de estos servicios complementarios para el resto de Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, un total de 165 Centros, es el expediente 00039/ISE/2019/SC, con Resolución de inicio de fecha 27 de febrero de 2019 y el cual incluyó una relación de personal a subrogar de los contratos anteriores con el mismo objeto (00083/ISE/2015/SC y 00098/ISE/2017/SC), en cumplimiento del art. 130 LCSP.

Por otro lado, señala el informe que la Agencia viene prestando en esas cinco Escuelas Infantiles, los servicios complementarios a partir del mes de septiembre de 2019, coincidiendo con el inicio del curso escolar 2019/2020, a través de contratación menor con Empresas del sector que ya vienen gestionando estos servicios en las Escuelas Infantiles de la zona de estos cinco Centros y hasta la adjudicación del expediente de contratación ahora recurrido.

A continuación el informe expone los motivos por los que la Agencia no considera que el servicio contratado en el expediente 00084/ISE/2015/SC (atención integral en las cinco Escuelas de Educación Infantil) sea el mismo que el que se pretende contratar en el expediente 00092/ISE/2019/SC (Servicios complementarios), y lo hace mediante un detallado análisis de ambos expedientes comparando el tipo de contrato y servicios contratados; las obligaciones contraídas por el personal/empresa en cada expediente; y finalmente, la ratio de personal, titulaciones académicas y el convenio colectivo de aplicación al personal.

En relación con el convenio colectivo, alega que al personal contratado para la prestación de la atención integral del servicio de atención socioeducativa y comedor en las cinco Escuelas Infantiles, se les aplicaba, tal y como señalan los pliegos de contratación del citado expediente, el convenio colectivo marco estatal de Centros de asistencia y Educación Infantil, publicado en el BOE núm. 178, de 26 de julio de 2019, en sus distintas categorías profesionales: Director, maestro, educador infantil, auxiliar de apoyo...; y que en el



expediente objeto del recurso el convenio colectivo de aplicación para el personal que prestará los servicios complementarios en esas cinco Escuelas Infantiles, tal y como señalan los pliegos de contratación del citado expediente, es el II Convenio Colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (Resolución de 3 de julio de 2015 de la Dirección General de Empleo, número 168 del Boletín Oficial del Estado, publicado el 15 de julio de 2015), dentro de la categoría profesional de Monitor de ocio educativo y tiempo libre.

Por todo lo expuesto, considera que el servicio a contratar en el expediente 00092/ISE/2019/SC no tiene el mismo objeto que el expediente 00084/ISE/2015/SC, tal y como afirma la recurrente, tanto por el número de personal a contratar (73 personas en el expediente 00084/ISE/2015/SC frente a los 19 profesionales contratados desde el inicio del curso escolar para los servicios complementarios en estos cinco Centros), como por la ratio de menores/profesional, titulación académicas, Convenio colectivo a aplicar y servicios a desarrollar, coincidiendo únicamente las instalaciones donde se desarrollan los servicios, es decir, las cinco Escuelas Infantiles.

En consecuencia no considera que se haya vulnerado lo establecido en el art. 130 LCSP en cuanto a la obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar puesto que entiende que no existe ningún antiguo contratista al no haberse contratado en ningún curso escolar anterior los servicios objeto de contratación en el expediente impugnado y por tanto, no existir ninguna relación de personal que hubiera prestado los servicios complementarios en estas cinco Escuelas Infantiles con anterioridad al citado expediente; no procediendo estimar las pretensiones de la recurrente puesto que no procede la inclusión de la cláusula de subrogación sobre la base de que se trata de un contrato distinto al anterior contrato citado por la recurrente, por lo que no se produce sucesión de contratistas ni se produce el supuesto de hecho previsto en el Convenio colectivo de aplicación, para que sea exigible la subrogación. Añade que en este sentido se ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución de 25 de marzo de 2019, (Recursos nº 85, 93, 95, 96 y 135/2019 C.A. Región de Murcia 11, 12, 13, 14 y 18/2019. Resolución nº 263/2019).

Expuestas las alegaciones del órgano de contratación procede abordar la cuestión.

Pues bien, sin perjuicio de las diferencias existentes entre ambos expedientes de licitación, como alega el



órgano de contratación, ha de señalarse que la entidad recurrente sostiene que en el momento en el que la Agencia recuperó la prestación del servicio existió una auténtica sucesión empresarial, resultando de aplicación la Directiva 2001/23/CEE y el artículo 44 del ET (sucesión de empresa) estando en consecuencia obligada la Agencia a subrogarse como empleadora de los trabajadores que prestaban hasta entonces el servicio público objeto del contrato.

Como puede comprobarse, estamos ante una cuestión estrictamente laboral, como hemos señalado anteriormente, en la que se ha producido una decisión de la Agencia de no subrogarse, la cual ha motivado, según se manifiesta en el recurso el despido de los trabajadores, y la demanda ante la jurisdicción social. En consecuencia, con independencia de las consecuencias que tenga la sentencia que se dicte en su día, lo cierto es que en el momento de convocarse la presente licitación, los trabajadores no tienen relación laboral alguna ni con la entidad reclamante ni con la Agencia, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP sobre el deber de información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, al no darse el supuesto de hecho que contempla la norma. Cabe añadir que no consta que la entidad recurrente haya recurrido el hecho de la no subrogación de la entidad contratante.

Ello llevaría en el caso de que se entrara en el fondo del recurso a la desestimación del mismo.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AOSSA GLOBAL S.A.** contra la memoria justificativa y los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “Servicios Educativos complementarios en Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, mediante procedimiento abierto” (Expte. 19/42486), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación por falta de legitimación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

