Recurso 20/2022
Resolución 172/2022

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

Sevilla, 11 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.** contra el anuncio y los pliegos que rigen el contrato denominado "Servicio de alimentación de pacientes y personal de guardia, y explotación de cafeterías y máquinas de vending en los centros Hospital de Poniente y HAR El Toyo de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería", convocado por la citada Agencia pública (Expte. PA 023/21), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de diciembre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación de urgencia, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del perfil, siendo el valor estimado del contrato 9.734.929,11 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 17 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MEDIATERRÁNEA DE CATERING, S.L.U. contra el anuncio y los pliegos que rigen la contratación referenciada. En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 4 de febrero de 2022, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Mediante escrito de 22 de febrero de 2022, la Secretaría del Tribunal dio trámite de alegaciones al único licitador interesado en el procedimiento, por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso. En el plazo conferido, las ha efectuado la entidad ARAMARK SERVICIOS DE CATERING, S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.

La recurrente se dirige contra los pliegos que rigen la contratación, por considerar que en los mismos existen irregularidades que inciden significativamente en las condiciones de participación en la licitación. Por tanto, una eventual estimación del recurso permitiría la remoción de los obstáculos que dificultan la presentación de su proposición, quedando justificado el interés legítimo que ostenta para impugnar los citados actos.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso especial se interpone contra el anuncio y pliegos que rigen un contrato calificado en los mismos como de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

Los apartados a) y b) del artículo 50.1 de la LCSP disponen que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.
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, el anuncio de licitación se publicó en el perfil de contratante el 24 de diciembre de 2021 y ese mismo día fueron puestos lo pliegos a disposición de los interesados a través del citado perfil, por lo que el recurso especial presentado el 17 de enero de 2022 en el registro de este Tribunal se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre la inclusión en el objeto del contrato del pago efectivo al adjudicatario anterior de la inversión pendiente de amortizar correspondiente a la ejecución y equipamiento de las actuales cocinas centrales ubicadas en el Hospital de Poniente.

1. <u>Alegaciones de la entidad recurrente.</u>

La recurrente solicita la anulación del anuncio de licitación y de los pliegos rectores de la contratación, fundando su pretensión en dos motivos -que se analizarán en este fundamento de derecho y en el siguiente- y señalando que, como consecuencia de ello, resulta necesario el reajuste del precio del contrato.

En su primer alegato combate el siguiente contenido de los pliegos:

- Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en cuanto establece que *«Queda incluido, además, en el objeto de la presente contratación el pago efectivo al adjudicatario anterior de la inversión pendiente de amortizar correspondiente a la ejecución y equipamiento de las actuales cocinas centrales ubicadas en Hospital de Poniente»*.

- Anexo III del citado pliego en cuanto establece el desglose del presupuesto base de licitación incluyendo entre los conceptos el siguiente *"CUOTA AMORTIZACIÓN ANUAL INVERSIÓN PTE OBRA COCINA DE HP"* por un importe total IVA incluido de 638.047,04 euros.

- Apartado 4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), subapartados 1 y 2, cuyo tenor es:

«4. COSTES ASOCIADOS A LA COCINA CENTRAL DE PRODUCCIÓN EN HOSPITAL DE PONIENTE
La Agencia Pública Sanitaria Poniente, es propietaria de la Cocina Central de Producción situada en sus instalaciones de Hospital de Poniente, concediendo durante el plazo de vigencia del presente contrato el uso y disfrute de la capacidad productiva remanente que quede disponible de dicha cocina para realizar la producción externa de menús, tanto para centros privados como públicos, a la empresa adjudicataria.

4.1. COSTE DE LA INVERSIÓN PENDIENTE DE AMORTIZACIÓN DE COCINA CENTRAL DE PRODUCCIÓN EN EL HOSPITAL DE PONIENTE
Existe una inversión pendiente de amortizar correspondiente a la ejecución y equipamiento por el actual prestario (sic) *del servicio de las actuales cocinas ubicadas en el HP.*
En el ANEXO XVI. IMPORTE PENDIENTE DE AMORTIZAR COCINA CENTRAL PRODUCCIÓN HOSPITAL DE PONIENTE se detalla su importe actualizado a fecha de elaboración de estos pliegos. El importe pendiente efectivo, que en todo caso será igual o menor al que se detalla en el Anexo XVI, será el existente en el momento del inicio del contrato, y que al efecto se pondrá en conocimiento del adjudicatario.

4.2. CANON INICIAL PARA LA CANCELACIÓN DE LA DEUDA POR LA INVERSIÓN PENDIENTE EN LA COCINA CENTRAL EN EL HOSPITAL DE PONIENTE
El adjudicatario del lote correspondiente al Hospital de Poniente de la presente contratación deberá abonar, antes del inicio efectivo de la presente contratación, una aportación o canon inicial a satisfacer por el derecho a uso o explotación de las instalaciones o equipamientos puestos a su disposición, para la explotación de la Cocina Central de producción igual al importe pendiente efectivo de amortizar existente en el momento del inicio del contrato, y al que se refiere el apartado anterior, y que destinará para abonar al actual prestatario del servicio la inversión pendiente de amortizar a que se refiere el apartado 4.1 anterior».

La recurrente aduce que esta obligación impuesta al nuevo adjudicatario de abonar un canon inicial por la inversión pendiente de amortizar -correspondiente a la ejecución y equipamiento de las cocinas del Hospital Poniente que llevó a cabo el actual contratista- supone una ventaja anticompetitiva para este último que podrá realizar una oferta más favorable sin el peso económico de la citada amortización, frente al resto de licitadores que tendrán que imputar el coste de la misma en sus proposiciones. Argumenta que se trata de una obligación

previa que debe soportar el órgano de contratación y que no puede ser trasladada al adjudicatario del nuevo contrato, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos, pues ello supone una conculcación del principio de igualdad de trato entre licitadores.

En apoyo de su alegato cita la Resolución de este Tribunal 276/2018, de 4 de octubre, dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y el Informe 18/1997, de 14 de julio , de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

2. Alegaciones del órgano de contratación

En su informe al recurso, el órgano de contratación se alza contra el alegato expuesto y reproduce parcialmente en apoyo de la previsión establecida en los pliegos el Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado; tras lo cual, concluye que *«Pretender otra cosa, esto es dejar sin abonar las cantidades pendientes de amortizar por la enorme inversión realizada para el equipamiento que originariamente fuera realizada, como intenta la compañía recurrente, no dejaría de ser una suerte de expropiación sin justiprecio para la Administración Pública o un enriquecimiento sin causa o un beneficio 'caído del cielo' para la propia Administración y los nuevos adjudicatarios o no se sabe muy bien qué»*.

3. Alegaciones de la entidad interesada en el procedimiento.

Finalmente, en sus alegaciones al recurso, la interesada opone que han de traerse a colación los pliegos del anterior contrato referido al servicio de restauración de pacientes y personal de guardia (expediente PA 15/12); concretamente, diversas cláusulas del PPT por las que se incluyó en el objeto del contrato la adecuación de espacios, instalaciones y equipamiento completo de la cocina central del Hospital Poniente como inversión a repercutir en los costes de los menús elaborados, fijándose un plazo de amortización por un período superior al plazo de ejecución del contrato (12 años versus 6 años), previéndose para ello que en el momento de finalización del contrato y entrada de un nuevo adjudicatario, éste debería asumir el coste de la inversión pendiente de amortización. Señala la interesada que *«Es precisamente por lo expuesto que en los pliegos impugnados de la licitación de referencia se ha incluido la obligación de abonar una aportación o canon inicial correspondiente al importe pendiente de amortizar derivado de la ejecución y equipamiento de las actuales cocinas centrales ubicadas en el Hospital Poniente»*.

Cita en apoyo de sus alegaciones la Resolución 240/2021 de este Tribunal manifestando que, si bien dicha resolución consideró que la cláusula de asunción por el nuevo adjudicatario del coste de amortizaciones pendientes de un contrato anterior suponía una vulneración del principio de igualdad de trato, en su *ratio decidendi* recogió los criterios a tener en cuenta para valorar la conformidad a Derecho de una cláusula de este tipo, siguiendo los razonamientos del Informe 21/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado; y que según la interesada son:

a) Que se prevea como un pago al órgano de contratación y no a la anterior contratista.
b) Que se refiera a la amortización de obras y no de bienes muebles.
c) Que el importe pendiente sea debido a la extinción anticipada u otros motivos que no sean el simple cumplimiento del contrato precedente.

Señala que *«la totalidad de los referidos criterios concurren en el presente supuesto en la medida en que:*

a) En la cláusula 4.2 del PPT anteriormente transcrita se prevé de forma expresa la obligación de abonar una aportación o canon inicial a la Agencia y no a la anterior contratista (...)
b) Como es evidente y ha sido ampliamente expuesto, en el presente caso nos encontramos ante la amortización pendiente de las obras de ejecución y equipamiento de las actuales cocinas centrales ubicadas en el Hospital Poniente. Por tanto, nos encontramos ante la amortización de obras y no de bienes muebles.
c) Ciertamente en el presente caso no nos encontramos ante la extinción anticipada del anterior contrato. Sin embargo, para evaluar el cumplimiento material de dicho requisito lo relevante es atender a la finalidad de dicha previsión y a las circunstancias acaecidas. (…) debido a la envergadura de las obras de construcción de la cocina central del Hospital Poniente y al hecho de encontrarnos ante la prestación de un contrato de servicios con una vigencia legalmente limitada, en el momento de preverse la citada inversión (Expediente PA 15/12) se definió un plazo de amortización superior (de hecho, el doble) al plazo de ejecución del contrato.

Por tanto, a pesar de no encontrarnos ante una extinción anticipada, es evidente que se trata del mismo supuesto material: la existencia de unas obras ejecutadas en su totalidad en cumplimiento de las obligaciones fijadas por el órgano de contratación, necesarias para la ejecución del servicio de alimentación, que no han sido completamente amortizadas».

Y concluye que *«no puede considerarse que ARAMARK se encuentre en una mejor situación que las restantes licitadoras por el hecho de ser la actual prestadora del servicio, por cuanto, evidentemente, ninguna de las otras licitadoras se ha encontrado en la obligación de asumir la inversión de la cocina central exigida en el Expediente PA 15/12».*

4. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. La controversia suscitada versa sobre la legalidad de la obligación que los pliegos impugnados imponen al adjudicatario en cuanto al pago de un canon inicial destinado a abonar al actual contratista la inversión pendiente de amortizar como consecuencia de la ejecución y equipamiento de la cocina central del hospital, objeto de un contrato anterior.

La recurrente sostiene que tal obligación supone una vulneración del principio de igualdad de trato, que otorga una clara ventaja competitiva en la licitación al contratista actual, frente al resto de licitadores que tendrán que repercutir en sus ofertas el coste de esa amortización pendiente; argumentación que es rechazada por el órgano de contratación y la entidad interesada en el presente procedimiento -adjudicataria del anterior contrato-. Asimismo, cada una de las partes esgrime en defensa de sus posiciones resoluciones de este Tribunal e informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que abordan supuestos, a su juicio, semejantes al aquí suscitado. A ellos se aludirá oportunamente en el análisis de la controversia sin perder de vista, en cualquier caso, que la contratación pública es enormemente casuística, lo que exige atender a las circunstancias del caso concreto.

La controversia queda constreñida, pues, al análisis de la legalidad de ese canon inicial cuyo abono se impone al adjudicatario antes del inicio efectivo de la prestación; sin perjuicio de lo anterior, no podemos obviar dos aspectos que dejamos aquí reseñados a los solos efectos de definir la naturaleza y alcance del citado canon:

1. El abono de este importe inicial es una obligación impuesta al adjudicatario y no propiamente una prestación que pueda formar parte del objeto, como indebidamente señala el Anexo III del PCAP.

2. El canon permitirá al órgano de contratación cancelar una deuda que tiene con el actual contratista y así lo expresa literalmente el apartado 4.2 del PPT al señalar « *CANON INICIAL PARA LA CANCELACIÓN DE LA DEUDA POR LA INVERSIÓN PENDIENTE EN LA COCINA CENTRAL (...)»,* finalidad que no parece compatible con lo que el citado apartado indica, a continuación, sobre que dicha aportación inicial se satisface por el derecho a usar o explotar las instalaciones puestas a disposición del contratista. De ser así, el canon se abonaría periódicamente por el uso de las instalaciones durante la ejecución del contrato y no como un desembolso único con carácter previo al inicio de la prestación, cuando todavía no se ha hecho uso de ninguna instalación.

Pues bien, llegados a este punto y para entender adecuadamente la causa u origen de esta aportación inicial hemos de acudir a los pliegos del contrato anterior a los que expresamente alude el órgano de contratación y, en particular, la entidad interesada que reproduce parte de su contenido. Se trata del expediente de contratación 15/12 cuyo objeto era el servicio de restauración de pacientes y personal de guardia, equipamiento completo de cocina, explotación de las cafeterías de público y personal e instalación y explotación de máquinas expendedoras automáticas en los centros dependientes de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente.

Así, el apartado III.1.01 del PPT del expediente 15/12, bajo la denominación *«Equipamiento Completo»*, señalaba: *«Dentro del objeto del contrato y formando parte de la prestación principal se encuentra la adecuación de los espacios disponibles, instalaciones y el "Equipamiento Completo" de la cocina central de producción (CCP) y satélites (CS), por parte del contratista, estableciéndose un plazo de amortización máximo de 12 años.*

Es una prestación previa y necesaria y que despliega sus efectos a lo largo de todo el contrato, como soporte material imprescindible para llevar a cabo el servicio de restauración.

Para ello, se pone a disposición del Contratista, los espacios necesarios para la instalación de las cocinas (Anexo IV), en los que el contratista deberá instalar y completar, en todos los aspectos y detalles, la solución de equipamiento que haya propuesto en su oferta».

Y el apartado III.1.05 del mismo pliego, bajo la denominación *«Régimen económico»* establecía que:
«El equipamiento completo de la cocina forma parte y se integra con la prestación principal del Servicio de Restauración de pacientes y personal de guardia y su financiación se hará ligada al número de menús elaborados.

La facturación será al precio de menú ofertado por el número de menús servidos, con el detalle y precios unitarios de desayunos, almuerzos, meriendas y cenas. Dicho precio unitario considerará la repercusión de costes correspondientes por la inversión realizada, teniendo en cuenta el volumen de dietas previstas en el plazo de 12 años considerados para la amortización máxima de la inversión.

Para ello, en precio unitario de cada menú completo, que se establece como tipo de salida de la licitación, van incluidos todos los costes inherentes a la instalación del equipamiento completo de la cocina (Anexo I: Modelo Oferta Económica Dieta Pacientes)

En el caso de que las instalaciones del objeto del contrato tengan capacidad suficiente para absorber otros servicios externos además de la producción de la APES, el adjudicatario podrá realizar contratos con empresas externas para ofrecer el servicio de producción de dietas y realizarlo en las instalaciones de la APES, siempre que lo autorice la Dirección del Centro, estando obligado por este motivo a abonar un canon en concepto de uso de instalaciones. La responsabilidad de este servicio ante terceros será exclusiva de la empresa adjudicataria que así lo deberá hacer constar en el contrato de servicios que establezca con terceros. El canon se calculará en función de la producción contratada, y deberá acordarse con la Dirección de la APES antes de la presentación de oferta ante terceros.

El plazo de amortización que se establece para la inversión necesaria (instalación y equipamiento completo de la CCP y CS), se fija en un plazo de 12 años, a efectos de estimación del coste unitario en función de la estimación de dietas en dicho período, de forma que en caso de finalización de contrato o sus posibles prórrogas y entrada de un nuevo adjudicatario, quedaría como importe pendiente, y asumible por este, el coste de la inversión descontada la cantidad amortizada en función de las dietas realizadas.

El contrato tiene una duración inicial de cuatro años, con posibilidad de prórroga de hasta 2 años más».

Se observa, pues, que el anterior contrato contenía una prestación adicional no contemplada en el ahora examinado consistente en la instalación y equipamiento completo de la cocina central y cocinas satélites. Asimismo, conforme al PPT, el plazo de amortización de la inversión a realizar por el contratista para llevar a cabo la citada prestación se fijó en un plazo superior al del propio contrato (12 años frente a un plazo máximo de vigencia del contrato de 6 años), razón por la que el propio pliego previó que, en caso de que el nuevo contrato se adjudicara a otro licitador, este habría de asumir el coste de la inversión pendiente de amortizar.

De este modo, se previó en el anterior PPT una obligación futura e incierta que habría de recaer en un tercero ajeno a la relación jurídica entre Administración y contratista. Sin prejuzgar la validez de esta cláusula del pliego que ya es un acto firme y consentido, lo cierto es que su contenido se ha proyectado en la actual licitación al regular el apartado 4 del PPT el canon inicial para la cancelación de la deuda por la inversión pendiente en la cocina central del Hospital de Poniente. Y lo que procede analizar, a juicio de este Tribunal, no es tanto si dicho canon supone una ventaja para el actual contratista frente al resto de licitadores que hayan de realizar el citado desembolso inicial -pues va de suyo que la posición de aquel y la del resto de potenciales participantes no es la misma a la hora de licitar- sino si dicha desigualdad se encuentra justificada y tiene adecuado amparo legal.

La doctrina de este Tribunal sobre la materia se recoge en varias resoluciones. Nos centramos en la invocada por la entidad interesada en sus alegaciones al recurso por resumir el criterio de este órgano en la materia y analizar el informe más reciente de la Junta Consultiva de Contratación Pública sobre la materia. Se trata de la Resolución 240/2021, de 17 de junio, que estimó parcialmente un recurso contra los pliegos rectores de una concesión de servicios de transporte colectivo urbano de viajeros en un municipio. Su tenor, en lo que aquí interesa, era el siguiente:

> *«Pues bien, sobre el objeto de la controversia ya se pronunció este Tribunal, entre otros, en un supuesto muy similar en su Resolución 276/2018, de 4 de octubre, en la que se cuestionaba parte de determinada cláusula de los pliegos que disponía que «En la actualidad la instalación cuenta con el mobiliario e instalaciones contenidos en el anexo 1, que han sido sufragadas por (...), mercantil a la que fue cedida de forma provisional la instalación, por lo que quien resulte adjudicatario tendrá que abonar su precio a dicha mercantil antes de la toma de posesión del mismo, la realidad de dicho pago será condición indispensable de eficacia del contrato que, en su día, se suscriba con las resultas de este procedimiento de licitación», dicha cantidad ascendía a 44.322,22 euros, impuesto sobre el valor añadido (IVA) no incluido. Por su parte, la entidad entonces recurrente afirmaba que era evidente que la obligación de afrontar el pago de dicho importe, por parte de la futura adjudicataria a la actual concesionaria y prestadora del servicio, persigue únicamente colocarla a esta última en una posición de ventaja, siendo ello causa de anulación.*
>
> *Sobre el particular, este Tribunal en dicha Resolución 276/2018 dispuso en su fundamento séptimo lo siguiente:*
> *«Al respecto, se ha de poner de manifiesto que los derechos y obligaciones relativos al contrato formalizado el 19 de octubre de 2016 entre (…) [órgano de contratación y actual concesionaria], han*

de ventilarse en el seno de dicho contrato, no pudiendo el órgano de contratación repercutir potenciales derechos que pudieran corresponder a la entidad (...) en la futura adjudicataria, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos.

En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 231/2017, de 23 de octubre. En ella se analizaba un supuesto en que el órgano de contratación en el PCAP obligaba a la entidad adjudicataria a asumir los costes derivados de un contrato previo de asistencia técnica por los trabajos desarrollados por una empresa consultora que asistía al Ayuntamiento en la contratación que se licitaba.

En aquella resolución, este Tribunal indicaba en lo que aquí interesa lo siguiente: «(…) la determinación de la naturaleza y extensión de los parámetros de las prestaciones indispensables para satisfacer sus necesidades, así como su objeto, contenido y el cálculo de los costes para ello, son trabajos que le corresponde realizar al órgano de contratación (artículo 22 del TRLCSP), en tanto que debe definir previamente sus necesidades y la forma de satisfacerlas, sin que los gastos en que incurra para ello puedan ser repercutidos al futuro contratista, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos (v.g. Resolución 209/2017, de 18 de octubre, de este Tribunal y Resolución 271/2017, de 27 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

En definitiva, estamos ante servicios propios que ha de soportar el órgano de contratación y que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos. En ese sentido se ha manifestado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en sus Sentencias 1935/2013, de 11 de noviembre y 2232/2013, de 20 de diciembre (…).

Asimismo (...) conviene traer a colación el Informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su conclusión cuarta dispone "Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95)".

En definitiva, en el supuesto examinado, de admitirse la obligación impuesta por la cláusula segunda y el anexo I del PCAP, se estaría conculcando el principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, e impone que todas las entidades licitadoras dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. En este sentido, se manifiesta, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004, asunto C-496 -99, Succhi di Frutta, apartado 110.

En efecto, la obligación de la entidad adjudicataria del contrato, salvo para la empresa (...) actual contratista, de abonar la cantidad de 44.332,22 euros, IVA no incluido, como condición para la eficacia del futuro contrato, supone que no todas las potenciales entidades licitadoras estén sometidas a las mismas condiciones, con clara vulneración del principio de igualdad de trato, y ello con independencia de los derechos que puedan asistir a la entidad (…) [actual concesionaria] respecto al contrato formalizado con el órgano de contratación el 19 de octubre de 2016.».

En el supuesto examinado, la obligación de pago de las amortizaciones pendientes se recoge en la cláusula 5.7 del PPT cuyo tenor es «El adjudicatario estará obligado a adquirir al actual gestor, aquellos vehículos y bienes adscritos al contrato, que no estuviesen amortizados totalmente, conforme a la relación que figura en el Anexo 4 del presente pliego. Por lo que el adjudicatario del presente contrato se subrogará a las amortizaciones pendientes del contrato que finaliza el 31 de diciembre de 2020, que está fijada en la cantidad de 708.961,43 €, formando igualmente esta cantidad parte del total de las amortizaciones del contrato. Los licitadores en su estudio económico igualmente detallarán dicha cantidad, las cantidades a imputar en 2021 es de mínimo 272.161,43 €, en caso que por circunstancias imprevisibles el comienzo de este contrato se demore, las cantidades de amortización irán recalculándose conforme a las cantidades previstas en el Anexo 4.
Por último dentro de ese apartado, en caso de prorroga del contrato, igualmente se tendrá en cuenta el Anexo 4, imputándose a la misma la parte proporcional correspondiente que figura para el siguiente ejercicio.».

Así las cosas, el pago de las amortizaciones pendientes, al igual que en el supuesto que se examinó en la citada Resolución 276/2018, supone una obligación para la entidad adjudicataria del nuevo contrato -no así para la actual contratista-, que opera como condición para la eficacia del futuro contrato, lo que supone que no todas las potenciales entidades licitadoras estén sometidas a las mismas condiciones, con clara vulneración del principio de igualdad de trato, y ello con independencia de los derechos que puedan asistir a la actual concesionaria respecto al contrato formalizado anteriormente con el órgano de contratación.

En este sentido, de admitirse la obligación impuesta por la cláusula 5.7 del PPT, se estaría conculcando el principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras (...)

Como se ha expuesto, el órgano de contratación en su alegato, con cita de tres resoluciones del TACRC, afirma que es conforme a derecho el traslado a la nueva concesionaria de una parte de las amortizaciones pendientes, siempre que las mismas estuvieran establecidas en los costes asociados a la licitación y, así, se hubieran establecido en los pliegos que forman parte del expediente de contratación.

Al respecto, las resoluciones citadas son la 21/2019, la 698/2014 y la 19/2013, en las que este Órgano ha podido constatar que en las dos últimas se recurren sendos actos de trámite cualificados, esto es la exclusión de la oferta de las entidades recurrentes, lo que supone que el pliego fue asumido por las licitadoras al presentarse a la licitación convirtiéndose en ley entre las partes, por lo que tanto el TACRC como el resto de personas interesadas han de acatar sus términos, al haber adquirido firmeza por no haber sido impugnados en plazo. En definitiva, lo dicho en ambas resoluciones no puede ser aplicado al supuesto que se examina en el que se recurren los pliegos, y se solicita la anulación de los mismos.

Con respecto, a la Resolución 21/2019 ha de ponerse de manifiesto que el contenido de la misma nada tiene que ver con el presente caso; en este sentido, teniendo en cuenta lo que se reproduce en el informe al recurso la referencia es al Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Sin embargo, en él se concluye lo siguiente: «De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan disposición del nuevo

concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante (...)».

De lo expuesto, se infiere que el supuesto que se examina difiere del tratado en dicho Informe 21/2019, dado que en este se trata de la extinción anticipada de una concesión de servicios anterior, la obligación se refiere a amortizaciones pendientes de obras realizadas y el importe ha de abonarse a la entidad contratante bien en forma de canon o de aportación inicial. Sin embargo, en el presente caso, la extinción de la contratación anterior es por cumplimiento del contrato precedente, las amortizaciones pendientes no lo son de obras, sino de bienes muebles, situación que no se contempla en los artículos 285.2 y 287 de la LCSP que solo se refiere a obras e instalaciones, y por último, la obligación de pago de la nueva concesionaria ha de serlo a la anterior contratista y no al órgano de contratación.

En los supuestos de extinción ordinaria por cumplimiento del plazo de la concesión de servicios, lo normal es que el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

En definitiva, supone una clara vulneración del principio de igualdad de trato, el establecer obligaciones que operan como condiciones de ejecución para unas entidades licitadoras y no para otras (actual concesionaria), al no estar todas las potenciales participantes sometidas a las mismas condiciones. Así las cosas, y por las mismas circunstancias, no es posible pretender que la nueva adjudicataria haya de subrogarse obligatoriamente en determinados bienes muebles de la anterior concesionaria».

De la resolución parcialmente transcrita se desprende que, como regla general, aquellas cláusulas de los pliegos que impongan al futuro adjudicatario el desembolso, al inicio del contrato, de una cantidad destinada a amortizar el coste pendiente de la inversión realizada por el actual contratista en los bienes y/o instalaciones objeto del contrato vulneran el principio de igualdad de trato entre licitadores, toda vez que suponen la aplicación de condiciones distintas a la hora de presentar las ofertas que redundan en una ventaja para el contratista actual, caso de participar en la licitación.

No obstante, esta regla general puede encontrar alguna excepción como la puntualmente analizada en el Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública -al que se refieren tanto el órgano de contratación como la entidad interesada y que también es mencionado en nuestra Resolución 240/2021 y en la 434/2021 a la que posteriormente se aludirá-.

El citado Informe 21/2019 señala, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«El análisis de la presente cuestión nos obliga a diferenciar dos contratos, siempre teniendo en cuenta que esta Junta no prejuzga si el nuevo contrato constituye realmente una concesión: el primero de ellos es un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión adjudicado al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y que concluyó por culpa de la Administración con las consiguientes consecuencias indemnizatorias para el órgano de contratación; el segundo es un nuevo contrato de concesión de servicios que se va a licitar al amparo de la nueva LCSP, siendo esta la normativa a la cual deberá atenderse para responder la consulta. El

régimen jurídico del contrato de concesión de servicios se contiene en el Capítulo III del Título II del Libro Segundo de la Ley (artículos 284 a 297 LCSP). Pues bien, como se deduce de los artículos 285.2 y 287 de la LCSP, la prestación objeto de este contrato puede suponer la ejecución y explotación de obras e instalaciones afectas al servicio. Este es el caso que nos ocupa en el presente informe.

En estos supuestos lo normal es que, como también ocurre en el caso que nos atañe, una vez finalizado el plazo de la concesión, el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Pero, como indica la consulta, en este caso no fue posible cumplir íntegramente el plazo descrito en la concesión, resultando anulada la adjudicación mediante una resolución judicial que declaraba la existencia de una causa de nulidad insubsanable. Esta resolución produjo el efecto de que, conforme al artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y por un elemental principio del derecho, el contrato entrase en liquidación, surgiendo la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo. Si esto no fuese posible, como ocurre en el presente caso porque existe la obligación de reversión, se devolverá su valor.

En este caso, realizada por el concesionario anterior la totalidad de las obras que debían ser amortizadas a lo largo del periodo de vigencia previsto contractualmente para la concesión, la ruptura de este periodo de amortización le supone un perjuicio evidente, perjuicio que ha de ser debidamente indemnizado conforme al citado artículo 42 de la LCSP.

(...)

Pues bien, en caso de culpa de la Administración contratante la reversión se ha de realizar, conforme al artículo 295 LCSP, con la obligación de abonar al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Si la Administración va a tener que abonar una cantidad como consecuencia de la asunción de unas obras que formaban parte de la concesión inicial, y si el nuevo concesionario se va a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, reduciendo la carga que para el mismo representa con respecto al primer contrato, resulta razonable que se repercuta al nuevo concesionario el valor de los activos que le aporta y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

En efecto, al amparo del principio de libertad de pactos, es posible que en pliego se prevea que las obras no amortizadas completamente se integren en el contrato de concesión a cambio de su valor, estableciendo como compensación un canon o aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante por una cantidad equivalente a dicho valor. Si las obras o instalaciones mencionadas constituyen un activo indispensable para la prestación del servicio, y teniendo las mismas un valor residual derivado su grado de amortización parcial, cabe establecer una cantidad a favor de la Administración o poder adjudicador correspondiente como compensación de su puesta a disposición del nuevo concesionario. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 285.1

b) LCSP permite que el concesionario asuma, entre las obligaciones establecidas en el pliego de la concesión, la de pagar un canon o participación a la Administración concedente».

El Informe se refiere, pues, a un supuesto muy singular de extinción anticipada de una concesión de servicios por causa no imputable al concesionario y donde resultaba de aplicación la regulación contenida en la LCSP sobre la concesión de servicios. El perjuicio derivado de aquella extinción anticipada para el concesionario era evidente pues, de no haberse producido, podría haber amortizado durante el periodo de la concesión la totalidad de las obras ejecutadas. Razona, pues, la Junta Consultiva que, en aplicación del artículo 295 del texto legal, la Administración venía obligada a abonar al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la ejecución de obras de construcción, atendiendo a su grado de amortización; y que, si licitada una nueva concesión, el futuro concesionario se iba a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, resultaba razonable que se le repercutiera al nuevo concesionario el valor de los activos que se le aportan y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

Este es el supuesto de hecho analizado por la Junta Consultiva en su informe y en base al cual concluye que *«De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante»*. Precisamente, con base en ese informe, el Ayuntamiento de Almería (entidad que elevó la cuestión al Alto Órgano Consultivo) aprobó los pliegos de una nueva concesión incluyendo ese canon inicial; pliegos que fueron impugnados antes este Tribunal, desestimándose el recurso en nuestra Resolución 434/2021, de 5 de noviembre.

Ahora bien, el singular supuesto examinado en el citado Informe 21/2019 y en nuestra resolución no es equiparable al aquí examinado. Lo primero que hemos de reiterar es que el traslado al adjudicatario de un contrato posterior del pago de deudas que la Administración mantiene con el contratista actual no puede ser una regla general pues resulta obvio que supone imponer a los potenciales licitadores condiciones distintas a la hora de presentar sus ofertas, viéndose beneficiado el contratista actual caso de participar en la nueva licitación.

Partiendo de esta premisa, se advierten las siguientes diferencias entre el caso analizado en el Informe 21/2019 y el aquí impugnado:

1. El caso analizado por la Junta Consultiva se refería a una concesión de servicios extinguida anticipadamente por causa no imputable al concesionario, justificándose el canon inicial en la nueva concesión al amparo de la propia legislación contractual en materia de concesión de servicios. En cambio, en el presente caso, tanto el contrato anterior como el que es objeto de nueva licitación no se configuran como contratos de concesión de servicios, ni los pliegos correspondientes contemplan la aplicación del régimen jurídico propio de la concesión de servicios. En ambos supuestos, sin entrar a discutir ya tal extremo, las prestaciones se configuran como contrato de servicios aplicándose el régimen jurídico de este contrato. Falta, pues, en el caso aquí enjuiciado la base legal que ampare la imposición de ese canon inicial al adjudicatario del nuevo contrato.

2. En aquel caso, se preveía la amortización de la obra durante la vigencia de la concesión, siendo la situación anormal de extinción anticipada del contrato por causa no imputable al contratista la que provocó que una parte de la obra realizada quedara pendiente de amortizar. En el supuesto presente, no hay ninguna situación

extraordinaria o anormal que impida la amortización del coste pendiente; al contrario, como quiera que la duración máxima del primer contrato de servicios según el pliego (6 años) era de partida inferior al plazo de amortización de la inversión (12 años), la propia y natural extinción del contrato por cumplimiento del plazo es la que provoca que no se haya amortizado totalmente la inversión.

Lo anterior evidencia, cuanto menos, una falta de reciprocidad de las prestaciones en el seno del propio contrato por cuanto una de las prestaciones del contratista no podía verse satisfecha completamente con arreglo al mismo. Tal irregular situación ha provocado que un contratista anterior deba ver satisfecha parcialmente su prestación a través de un contrato posterior, bien porque resulte adjudicatario del mismo, bien porque un adjudicatario distinto le abone esas cantidades adeudadas procedentes de un negocio jurídico anterior. Obviamente, la peculiar situación expuesta no encuentra amparo legal en ninguna figura contractual de las reguladas legalmente, ni siquiera en la concesión de servicios donde las obras necesarias para la explotación del servicio deben amortizarse durante el plazo de la concesión.

3. El informe 21/2019 se refiere al abono de un canon inicial a la Administración, equivalente al importe de las obras no amortizadas, mientras que en el presente supuesto estamos hablando de equipamiento completo de las cocinas; lo que, si bien conlleva la adecuación de espacios disponibles, se desconoce su alcance y si supone propiamente una obra o contempla básicamente la aportación de bienes y maquinaria para el adecuado funcionamiento de aquellas. Todo ello, permite, al menos, dudar que estemos ante la amortización del importe de una obra como sucedía en el caso analizado por la Junta Consultiva.

Lo expuesto, nos lleva a concluir que no estamos ante un supuesto similar al analizado en el tan reiterado Informe del Órgano consultivo y posteriormente tratado en nuestra Resolución 434/2021, como para aplicar la misma solución excepcional y sacrificar el principio de igualdad de trato. Es más, los pliegos impugnados parten de la drástica solución de imponer un canon inicial mediante un desembolso único al nuevo adjudicatario, haciendo más patente si cabe esa desventaja para todos los licitadores que no sean el actual contratista. Este, de resultar adjudicatario, no tendrá que abonar el canon y podrá amortizar el importe pendiente del anterior contrato con la ejecución del presente. Mientras que a cualquier otro licitador adjudicatario se le impone el desembolso de un canon inicial al comienzo del contrato, sin ni siquiera facilitarle que pudiera satisfacerlo sucesiva y periódicamente durante el plazo de ejecución. No estamos queriendo decir con ello que esta solución menos drástica hubiese sido correcta, pues no vamos a juzgar la validez de cuestiones que no han sido planteadas, sino solo destacar la mayor carga económica que se impone a los licitadores con la solución que acogen los pliegos de establecer el abono del citado canon inicial.

Todo lo expuesto, ha de entenderse, sin perjuicio de la relación jurídica existente entre la Administración y actual contratista y de las soluciones legales que tengan que arbitrarse para que el segundo perciba del órgano de contratación el importe de la inversión realizada en las cocinas del hospital que aún se halle pendiente de amortizar.

Con base en las consideraciones realizadas el motivo debe estimarse, con anulación del contenido de los pliegos denunciado en el recurso.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la obligación de subrogación prevista en el pliego respecto al personal de labores externas de producción.

1. Alegaciones de la recurrente.

Combate los siguientes apartados del PPT:
- Apartado 2.8 del PPT: *«Dada la posibilidad de que el adjudicatario pudiera desarrollar varias líneas de producción (para la Agencia Pública Sanitaria Poniente y para otros Organismos o Empresas), se hace necesario diferenciar entre dos grupos de personal del adjudicatario:*

a) Personal ligado a la producción de la Agencia Pública Sanitaria Poniente: es aquel personal que se destina a la producción y distribución de las dietas necesarias estimadas para pacientes y profesionales de la Agencia Pública Sanitaria Poniente según el presente PPT y que es objeto de subrogación (ver Anexo X).

b) Personal para producción externa: es aquel personal que el adjudicatario pudiera necesitar ligado a la introducción de nuevas líneas de producción para otros Organismos o Empresas que no dependan de la Agencia Pública Sanitaria Poniente. Personal que a todos los efectos corresponde al adjudicatario y que en ningún caso será objeto de subrogación en posteriores adjudicaciones. Dicho personal se destinará necesariamente a otras líneas de producción diferenciadas de la propia para la Agencia Pública Sanitaria Poniente. Dicho personal deberá gozar de las mismas garantías legales, económicas y de cualificación profesional, del primer grupo de trabajadores. (...)»

-Apartado 10 "Ámbito laboral": *«(…) En cumplimiento de lo especificado en el artículo 130 de la LCSP, y por tratarse de un contrato en el que el adjudicatario respectivo tiene la obligación de subrogarse como empleador, se incluye en el Anexo X las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación a los efectos de evaluar los costes laborales»*. En el citado Anexo (denominado *«Relación de personal en la contrata actual»*) aparecen reflejados los datos del personal que realiza esas labores de producción externa.

Denuncia, pues, la recurrente que esta obligación de subrogación respecto al personal que realiza *«labores de producción externa»* que impone el pliego no deriva del convenio colectivo ni de la ley, sino que es una decisión adoptada por el órgano de contratación, al igual que la de excluir su posible subrogación una vez finalice el contrato. Y añade que este tipo de personal no es necesario para la prestación del servicio ni está adscrito al mismo, siendo potestativo por parte de la empresa adjudicataria el uso de la cocina central para otros centros ajenos al contrato.

Por último, argumenta que sorprende además la exclusión de su posible subrogación una vez finalice el contrato *«sin entender desde esta parte, por qué su subrogación es entonces obligatoria al inicio el mismo, incluso antes de que la empresa adjudicataria decida si hacer uso del servicio de producción externo o no y sin precisar en qué situación queda esta distinta categoría de personal una vez finalice la presente adjudicación.*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se alza contra el motivo del recurso antes expuesto, concluyendo que *«la Administración contratante ha definido las condiciones del contrato que se licita y no se ha vinculado a otra cosa que la satisfacción del interés público encomendado, ni más ni menos. Y desde luego va a seguir tutelando las mejores condiciones de los trabajadores que hayan venido prestando sus servicios para la empresa a la que le fue adjudicado el servicio en su momento y que vayan a prestar servicios para la empresa que la sustituya en la adjudicación de esta licitación».*

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Se opone al motivo del recurso expuesto esgrimiendo que, dado que el órgano de contratación autoriza al futuro adjudicatario para utilizar la capacidad productiva remanente de la cocina central y así poder realizar una producción externa de menús destinados a otros servicios, en el apartado 2.8 del PPT se informa de la existencia

de personal dedicado a tales servicios. Añade que *«En este sentido la obligación de subrogación alegada por la recurrente no se recoge ni impone por la controvertida cláusula 2.8 del PPT, sino que la misma únicamente refleja y reconoce la existencia de una diferente tipología de personal a los efectos de facilitar la mayor información posible a los licitadores en relación con la eventual subrogación (impuesta por la normativa laboral) y poder presentar las ofertas en igualdad de condiciones.*

Por ello, en la relación de personal del Anexo X del PPT relativo al Hospital de Poniente se ha incluido la relación de los trabajadores adscritos a dichas "labores de producción externa" (...)

En consecuencia, ante la eventual posibilidad de que el nuevo adjudicatario deba subrogarse en relación con dicho personal adscrito a labores de producción externa si continua con las mismas (obligación que, insistimos, resulta totalmente ajena a la Agencia por cuanto deriva del derecho laboral), lo único que realiza la referida cláusula 2.8 y el citado Anexo X es facilitar información sobre dicho personal en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP.
(...)
De hecho, no haber facilitado la información relativa a dichos trabajadores, existiendo la posibilidad de subrogación de los mismos, habría comportado la existencia de una irregularidad invalidante en los Pliegos (...)»

Y concluye que el debido respeto al artículo 130 de la LCSP es lo que precisamente ha garantizado el órgano de contratación en la cláusula 2.8 y en el Anexo X del PPT, tanto en relación con el personal adscrito a los servicios objeto del contrato, como respecto al personal externo de otras líneas de producción al haberse habilitado la prestación de dichos servicios en la cocina central ubicada en el Hospital Poniente. En tal sentido, señala que *«el órgano de contratación en ningún momento impone la obligación de subrogar al personal recogido en la cláusula 2.8.b) del PPT. Es más, incluso en el negado supuesto en que hubiera recogido tal obligación (quad non), dicha previsión resultaría a todas luces irrelevante por cuanto, de conformidad con las Resoluciones parcialmente transcritas, la eventual obligación de subrogación del personal deriva del derecho laboral y no de lo que pueda preverse en los pliegos».*

4. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de indicar que la controversia se ciñe a determinar si el pliego ha impuesto la obligación de subrogación respecto al personal que realiza «labores de producción externa». La recurrente sostiene que el pliego así lo prevé, lo que niega la entidad interesada en su escrito de alegaciones afirmando que el PPT únicamente refleja la existencia de diferente tipología de personal a los efectos de facilitar la mayor información posible a los licitadores en relación con la eventual subrogación impuesta por la normativa laboral, para así poder presentar oferta en igualdad de condiciones.

Pues bien, para solventar la cuestión, hemos de partir de la doctrina sobre el particular sentada por este Tribunal y el resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Así, en nuestra Resolución 211/2018, de 6 de julio, señalábamos que *«Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que los pliegos regulan las relaciones de las entidades licitadoras, y a la postre adjudicatarias, con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores y trabajadoras; los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y la entidad adjudicataria, y en ningún caso excluyen 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».*

Asimismo, en la más reciente Resolución 442/2021, de 5 de noviembre, mencionábamos la Resolución 182/2021, de 26 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales cuando afirma que *«En este*

sentido, debe recordarse que, como ha venido señalando este Tribunal (en resoluciones citadas por el recurso, entre otras), la obligación de subrogación es una cuestión de Derecho Laboral sobre la que el órgano de contratación no tiene competencia alguna. Únicamente está obligado a informar de ello en los pliegos conforme al art. 130 LCSP, pero no pueden establecerla los pliegos, siendo su existencia independiente de los mismos. Por tanto, como se ha dicho, la estimación del recurso nada cambiaría sobre la cuestión de la subrogación: si esta procede conforme al Derecho Laboral, habrá de producirse, y si no; con independencia de lo que se diga en los pliegos y del resultado del recurso».

Y en nuestra Resolución 51/2022, de 28 de enero, hemos vuelto a incidir en la materia, aludiendo en este caso a la la Resolución 76/2017, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, cuando señala que *«(…) el órgano de contratación, ante la apariencia de que pueda existir una obligación de subrogación, de acuerdo con la legislación laboral y convenios aplicables, debe hacer referencia a ella en los pliegos, pero no imponer dicha obligación, ya que su procedencia y alcance será el establecido en el convenio colectivo que sea de aplicación, sin que los pliegos deban identificar, y menos en términos imperativos, el convenio aplicable, al tratarse de cuestiones propias de derecho laboral; y debe ofrecer a tales efectos a los licitadores la información necesaria sobre las condiciones de los trabajadores que puedan verse afectados por la subrogación, a fin de que puedan tener en cuenta tal información al preparar sus ofertas (...).*

En el presente caso, si bien el órgano de contratación alega que el contenido de las cláusulas impugnadas lo son a mero título informativo, lo cierto es que la literalidad de los pliegos no dejan lugar a dudas sobre la inclusión de la exigencia, impuesta al contratista, tanto del convenio colectivo aplicable como de la obligación de subrogación –no puede considerarse la expresión "el convenio laboral aplicable es …" y "el adjudicatario asumirá las obligaciones de subrogación (…) en los términos que resulten del convenio de aplicación en el sector" como mera información-, extremos ambos que, como ya se ha indicado, son cuestiones propias del ámbito laboral y no de la contratación del sector público.

Por tanto, el órgano de contratación se ha extralimitado al incluir tal contenido en los pliegos, lo que conlleva que el recurso especial deba estimarse y, por tanto, suprimirse en aquellos la exigencia de la obligación de subrogación y la mención concreta al convenio colectivo estatal de seguridad, bastando con una mera referencia al convenio colectivo aplicable.»

Resulta claro, pues, que la obligación de subrogación como consecuencia de la sucesión de contratas es una cuestión de Derecho Laboral ajena a los pliegos y al órgano de contratación, el cual únicamente viene obligado a informar sobre las condiciones de subrogación cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general impongan al adjudicatario aquella obligación.

En el supuesto analizado, una primera lectura del apartado 2.8 del PPT pudiera dar a entender que solo pretende diferenciar entre dos grupos de personal del adjudicatario para el caso de que este pudiera desarrollar en las cocinas del hospital otras líneas de producción distintas a la del contrato de servicios licitado. No obstante, al referirse luego al «personal de producción externa», el citado apartado del PPT establece que *«es aquel personal que el adjudicatario pudiera necesitar ligado a la introducción de nuevas líneas de producción para otros Organismos o Empresas que no dependan de la Agencia Pública Sanitaria Poniente. Personal que a todos los efectos corresponde al adjudicatario y que en ningún caso será objeto de subrogación en posteriores adjudicaciones. Dicho personal se destinará necesariamente a otras líneas de producción diferenciadas de la propia para la Agencia Pública Sanitaria Poniente. Dicho personal deberá gozar de las mismas garantías legales, económicas y de cualificación profesional, del primer grupo de trabajadores.»* (el subrayado es nuestro). Asimismo,

como ya hemos indicado, el citado personal aparece reflejado en el Anexo X del PPT, a efectos de cumplimiento de lo especificado en el artículo 130 de la LCSP, según manifiesta el apartado 10 del PPT.

Pues bien, lo primero que hemos de señalar es que la información a que se refiere el artículo 130 de la LCSP solo puede versar, como es lógico, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores adscritos a la prestación del servicio de que se trate, a los que afecte la subrogación impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Nunca podrá referirse el precepto legal a trabajadores no adscritos a la prestación del servicio contratado, en este caso, con la agencia pública sanitaria. Así las cosas, en el supuesto analizado, si el anterior contratista desarrolló una línea de producción para otras entidades públicas o privadas con personal distinto al adscrito al servicio prestado en el hospital, no parece que la información sobre sus condiciones laborales tenga que figurar en el pliego conforme al citado artículo 130 de la LCSP, pues, reiteramos, no es personal adscrito al servicio contratado con la agencia pública; y ello, con independencia de las obligaciones de la actual contratista para con dichos trabajadores, como consecuencia de la relación jurídico-laboral que mantiene con ellos en su condición de empleadora.

Si ello es así, con mayor motivo resulta una circunstancia totalmente ajena a la presente contratación prever en el apartado 2.8 del PPT que aquel personal de la actual contratista destinado a líneas de producción ajenas al servicio contratado con la agencia sanitaria *«a todos los efectos corresponde al adjudicatario y que en ningún caso será objeto de subrogación en posteriores adjudicaciones. Dicho personal se destinará necesariamente a otras líneas de producción diferenciadas de la propia para la Agencia Pública Sanitaria Poniente. Dicho personal deberá gozar de las mismas garantías legales, económicas y de cualificación profesional, del primer grupo de trabajadores.»*

Tal previsión supone una clara extralimitación del pliego sin soporte legal alguno, pues no puede el pliego imponer al nuevo adjudicatario la subrogación en las relaciones laborales del actual contratista con su personal para la producción externa, primero, porque no es personal afecto al servicio adjudicado, y segundo, porque aun tratándose de personal afecto a dicho servicio, la subrogación no puede imponerla el pliego sino la legislación laboral.

El motivo debe, pues, ser estimado con anulación del contenido del PPT denunciado en el recurso.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe estimarse íntegramente. En consecuencia, procede la anulación del anuncio y de los pliegos impugnados, junto a los demás actos del expediente relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocase una nueva licitación.

Asimismo, habida cuenta que el recurso se ha estimado, no cabe acoger la pretensión del órgano de contratación sobre temeridad o mala fe en la interposición del aquel.

SÉPTIMO. Sobre el cumplimiento por este Tribunal de la obligación derivada del artículo 132.3 de la LCSP.

El artículo 132 de la LCSP, bajo la denominación *«principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia»,* establece en su apartado tercero lo siguiente: *«Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades*

autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación».

A la vista de los dos motivos esgrimidos en el recurso y tras el examen de la controversia suscitada, dada su singularidad y las concretas circunstancias concurrentes, este Tribunal considera, en aplicación del precepto legal señalado, que procede dar traslado a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía de los pliegos que rigen la contratación, del recurso especial interpuesto y de la presente resolución.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.** contra el anuncio y los pliegos que rigen el contrato denominado "Servicio de alimentación de pacientes y personal de guardia, y explotación de cafeterías y máquinas de vending en los centros Hospital de Poniente y HAR El Toyo de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería", convocado por la citada Agencia pública (Expte. PA 023/21)y en consecuencia, anular los citados actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 4 de febrero de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Dar traslado a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía de la documentación referida en el fundamento de derecho séptimo.

NOTIFÍQUESE 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.