



Recurso nº 550/2014 C.A. Galicia 071/2014

Resolución nº 670/2014

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

En Madrid, a 17 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. M.B.C contra los pliegos que han de regir la contratación del servicio del centro de día “Novo Antonio Gandoy”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, el Excmo. Concello de Lugo, se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo y en el Perfil del Contratante, el 20 de junio de 2014, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicios del centro de día “Novo Antonio Gandoy”, con un valor estimado de 1.146.827,30 euros, IVA excluido.

Segundo. Contra los pliegos, D^a. M. B. C. interpuso, previa presentación de anuncio previo ante el órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 8 de julio de 2014. En su recurso, la Sra. Buide solicita que se declare la nulidad de los pliegos.

Tercero. Con fecha 10 de julio de 2014, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, con fecha 15 de julio de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los demás interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Hasta la fecha no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia, el 7 de noviembre de 2013, y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Debe entenderse que, de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP, el recurso ha sido interpuesto por una persona legitimada para ello. Dicho precepto dispone que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*

En efecto, como este Tribunal ha expuesto, entre otras, en su Resolución 122/2012, para precisar el alcance del *“interés legítimo”* en caso de terceros no licitadores -como es el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir mas allá de la mera defensa de la legalidad.

En este sentido, este Tribunal se ha pronunciado en numerosas resoluciones. Valga citar la Resolución 290/2011, donde se expone en el fundamento de derecho cuarto que: *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta no meramente hipotética....”*

Un caso similar al que ahora se nos presenta fue resuelto por el Tribunal en su Resolución 292/2012 en la que afirmábamos lo siguiente: *“la legitimación que alegan las recurrentes se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfrutan; afirman que resultan afectadas por la contratación, al ser*

trabajadoras en cuyo contrato laboral deberá subrogarse la empresa adjudicataria. Las recurrentes afirman, como se expondrá a continuación con más detalle, que el Pliego de Prescripciones Técnicas infringe la obligatoria subrogación del nuevo adjudicatario en la totalidad de los derechos y obligaciones que las trabajadoras disfrutaban en la empresa que actualmente presta el servicio y contradice el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares de la propia licitación. Pues bien, los intereses alegados pueden ser afectados de modo efectivo, y no solo hipotético, potencial y futuro, si se estima el recurso contra el pliego de prescripciones técnicas. Por esta razón y a diferencia del caso resuelto por este Tribunal en su Resolución 277/2011, resulta de aplicación la doctrina establecida en la Resolución 257/2012 en la que, en un caso similar, se reconoció legitimación a los recurrentes en los siguientes términos: “en el presente caso es objeto de impugnación el Pliego de Prescripciones Técnicas de referencia por considerar que el mismo no garantiza el cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del sector, ni lo establecido en el acuerdo individual al que se llegó con AENA para subrogar a los trabajadores del anterior contrato en todos los derechos, obligaciones y adscripción al puesto de trabajo que tenían con la anterior contratista. Las recurrentes estiman que el Pliego de Prescripciones Técnicas no garantiza la subrogación que debe operar ex convenio y en virtud del pacto individual antes señalado. El reclamante es el Comité de Empresa de los trabajadores del aeropuerto de Málaga por lo que es razonable pensar que la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión de este Tribunal y consecuente ente procede reconocer la legitimación activa del reclamante.”

Pues bien, a estos efectos, la legitimación que alega la recurrente se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfruta. Y en efecto, la Sra. Buide, al ser una trabajadora en cuya relación laboral, según el Convenio colectivo aplicable, debe subrogarse la empresa adjudicataria del contrato, es titular de derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados por la contratación. Por consiguiente, procede afirmar su legitimación para interponer el presente recurso.

Tercero. El objeto del recurso son los pliegos de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27, del Anexo II, del TRLCSP, cuyo valor estimado es igual o superior

a 207.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Asimismo, se han cumplido las prescripciones formales y de plazo legalmente establecidas.

Cuarto. Sobre el fondo, la recurrente fundamenta su recurso en la existencia de un vicio de anulabilidad en las cláusulas 4 y 17.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La cláusula 4 establece lo siguiente:

“Para el cálculo del precio del contrato se tiene en cuenta las necesidades de personal informadas por la jefa de servicios sociales, esto es:

La ratio de personal de atención directa en régimen continuo será de 1 por cada 10 personas usuarias, con un mínimo de dos trabajadores, garantizándose además, siempre que sea necesario, la asistencia de medico, ayudante técnico sanitario o diplomado universitario en enfermería, fisioterapeuta y psicólogo, y teniendo en cuenta que el numero de personas usuarias que se prevé atender es de 50 plazas, el numero de personal necesario seria el siguiente:

Personal gerocultor, teniendo en cuenta los diferentes turnos, se estiman que serán necesarios:

- 6 gerocultores a jornada completa
- 2 gerocultores a 77,5% de jornada.
- 1 gerocultor a 68,8% de jornada.
- 1 gerocultor a 30% de jornada.

Otros:

- 1 director técnico del centro a jornada completa, de lunes a viernes, si bien debe estar localizable en cualquier momento.
- 1 medico-geriatra, 3 horas semanales.
- 1 ATS/DUE, 3 horas semanales.
- 1 fisioterapeuta, 20 horas semanales.
- 1 terapeuta ocupacional, 20 horas semanales.

- Servicio de peluquería: 1 hora a la semana.
- Servicio de podología: 1 hora a la semana.
- 1 psicólogo a media jornada”.

Por su parte, la cláusula 17.4 del PCAP establece lo siguiente:

“Tal y como se refleja en los pliegos de prescripciones técnicas y con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector, se prevé la subrogación en los derechos y deberes que tuviera reconocidos la entidad que presta actualmente el servicio en el centro de día municipal, en los términos establecidos en el III Convenio Colectivo del sector de residencias privadas de la tercera edad de Galicia.

Se acompaña la relación de profesionales que prestan servicios en el centro de día Antonio Gandoy, según los datos remitidos por la actual empresa adjudicataria:

CATEGORIA PROFESIONAL	ANTIGÜEDAD	%JORNADA LABORAL	COSTE TOTAL PERSONAL
EDUCADORA SOCIAL*	1/07/2013	100%	21.662,52 €
DUE**	16/07/2010	15%	3.372,48€
CONDUCTOR	15/10/2013	76,90%	13.578,36€
FISIOTERAPEUTA	3/08/2010	50%	11.241,36€
TERAPEUTA OCUPACIONAL	4/05/2011	50%	10.930,32€
DIRECTORA DEL CENTRO	15/08/1998	100%	36.557,64€
GEROCULTORA	1/06/2010	77,50%	14.469,48€
CONDUCTOR	5/07/2010	50%	9.076,92€
GEROCULTORA	3/04/2000	100%	19.642,32€
GEROCULTORA	26/10/2005	100%	18.650,16€
GEROCULTORA	15/07/1989	100%	21.626,76€

CATEGORIA PROFESIONAL	ANTIGÜEDAD	%JORNADA LABORAL	COSTE TOTAL PERSONAL
GEROCULTORA	14/10/2010	68,80%	12.603,60€
GEROCULTORA	26/10/2010	100%	18.319,68€
GEROCULTOR	24/07/2010	77,50%	14.469,48%
PSICOLOGA	1/01/2006	50%	14.170,32€
GEROCULTORA	6/11/2010	30%	5.495,88€
GEROCULTORA	1/07/1996	100%	20.138,28€
GEROCULTORA	1/07/2003	100%	19.146,12€

*Indicar que los anteriores pliegos reguladores de la gestión del centro de día se recogía como personal necesario un profesional con categoría de educador/a, si bien en la actualidad y dado que la normativa vigente no exige dicha categoría profesional, y teniendo en cuenta que las funciones a desarrollar por dicho profesional son asumidas por el resto de los profesionales exigidos, con base en lo expuesto y, por tanto, en criterios económicos y de eficiencia, no se exige dicha categoría profesional.

No obstante, en la determinación del coste del contrato se tiene en cuenta esta circunstancia y se calcula el coste de las posibles medidas que aplique la empresa para ajustarse a las necesidades reales de personal”.

La recurrente estima que *“las citadas cláusulas del PCAP adolecen de ambigüedad y de una manifiesta falta de claridad y precisión en la definición de los términos de la subrogación de la trabajadora con la categoría profesional de educadora social. Necesariamente, María Buide Castro, en cuanto trabajadora en activo que presta servicios en el Centro “Novo Antonio Gandoy”, con una antigüedad superior a seis meses, ha de ser subrogada por la nueva empresa adjudicataria en todos sus derechos y obligaciones, sin que tal subrogación pueda venir condicionada por si la normativa vigente exige o no esa figura preceptivamente. Máxime, si tenemos en cuenta que tal bloque normativo no se relaciona en ninguna de las cláusulas del PCAP o del PPT. Por tanto, la de la educadora social es una categoría profesional que debe figurar en la*

relación de personal necesario (cláusula 4 PCAP) y en la de trabajadores a subrogar (cláusulas 17.4)...

En la cláusula 17.4 PCAP, el órgano de contratación está entrando a regular una relación jurídico privada, la de la futura empresa adjudicataria con la educadora social que, insistimos, deberá ser subrogada en virtud del III Convenio Colectivo del sector de residencias privadas de la tercera edad de Galicia. Excede de las competencias de Concello de Lugo determinar de antemano si la figura de la educadora social va a ser o no necesaria y de si sus funciones pueden o no ser desarrolladas por el resto del personal del centro.

Asimismo, adolece de una manifiesta indeterminación la expresión “Non obstante na determinación do custo do contrato tense en contra esta circunstancia e se calcula o custo das posibles medidas que aplique a empresa para axustarse as necesidades reais de persoal”. El presupuesto de licitación ha de fijarse necesariamente aplicando lo dispuesto en el artículo 86 TRLCSP, es por ello que las posibles consecuencias económicas derivadas de un reajuste en el personal que va a prestar el servicio (indemnizaciones por despido...) y acordadas por la mercantil adjudicataria en ningún caso pueden ser valoradas a la hora de cuantificar el presupuesto del contrato.”

Por su parte, el órgano de contratación señala lo siguiente:

“La recurrente entiende que por el hecho de que la categoría de educadora social con una antigüedad mínima de seis meses deba ser subrogada implica necesariamente que deba figurar dentro de la relación de personal necesario.

Nada mas lejos de la realidad puesto que las necesidades de personal se deben fijar por el Ayuntamiento y el hecho de que en algún momento de la prestación del servicio con anterioridad se haya exigido o se haya adscrito por la empresa contratista un determinado trabajador no implica que posteriormente, a la hora de licitar nuevamente el servicio, la Administración no pueda realizar una redefinición del objeto del contrato con la consecuencia incluso de una reducción del personal por motivos organizativos o económicos...

El Ayuntamiento establece en los pliegos, respetando siempre la normativa sectorial en la materia, el numero de profesionales que deben estar adscritos a la prestación del servicio sin que pueda incidir en esa cuestión el hecho de que exista mayor numero de trabajadores a subrogar...

Cuestión distinta es que el Ayuntamiento deba facilitar información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo.

Así, en el artículo 120 del TRLCSP establece que “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida”.

Por tanto, sí que deben los PCAP facilitar la relación del personal a subrogar con los costes salariales y antigüedades para que los licitadores al formular su oferta conozcan todos los datos que puedan influir en la misma. Precisamente por este motivo es importante que los licitadores conozcan cual es el personal que se va a exigir como mínimo y los costes de todo personal a subrogar, ya que de este modo pueden calcular adecuadamente su oferta económica”.

Quinto. Ningún reproche de ilegalidad puede plantearse a los pliegos de este contrato desde la perspectiva del cumplimiento de las previsiones del artículo 120 del TRLCSP. En efecto, este artículo, relativo a la Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, dispone que *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. 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 éste”*

Los términos en que debe comprenderse esta obligación han sido analizados por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y por resoluciones de este Tribunal. Así, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su informe de 31/1999, de 30 de junio, expone que *“en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares,”* matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala *“la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.(...)”*

Por otra parte, este Tribunal ha expresado en su Resolución 181/2011 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, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo. Sin embargo, en aquellos casos en que no existe tal obligación previa de subrogación por no haber disposición legal ni convenio colectivo que la exija, la falta de mención en los pliegos equivaldrá a la no exigencia de la misma”*.

El órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 120 TRLCSP, sólo tiene la obligación de facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, correspondiendo a los licitadores, por



consiguiente, valorar si concurren o no a la licitación, como ha manifestado este Tribunal en un caso similar en su Resolución 66/2012.

En el presente caso, la Administración ha cumplido la obligación establecida en el artículo 120 del TRLCSP al recordar la obligación de subrogación en la cláusula 17.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares y al especificar la categoría profesional, la antigüedad, la jornada laboral y el coste salarial de los trabajadores que, según la empresa actualmente adjudicataria del contrato, prestan servicios en el centro de día, sin exceptuar de esa relación a la recurrente.

Como ha señalado este Tribunal en su Resolución 292/2012, la obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del citado personal deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el órgano de contratación.

Sexto. La determinación del personal necesario para la prestación del servicio que se contrata es competencia exclusiva del órgano de contratación, sin que esté obligado a mantener el mismo número de trabajadores.

Como ha señalado este Tribunal en su Resolución 264/2013, *“forma parte de las prerrogativas del órgano de contratación definir las necesidades que determinan su voluntad de contratar y cómo aquéllas han de ser satisfechas en los correspondientes pliegos, sin que pueda imponérsele la obligación de someterse indefinidamente a las condiciones contractuales anteriores, invocando una obligación laboral que, como dijimos, no pesa sobre la Administración contratante, que es por completo ajena a la relación laboral entre el contratista y sus empleados, sino que recae sobre el contratista, por lo que es a éste y no al ente contratante a quien le corresponde su cumplimiento de acuerdo con el principio de riesgo y ventura”*.

En el presente caso, la Administración contratante ha decidido, en ejercicio de las facultades que le atribuye el TRLCSP, configurar el nuevo contrato de forma distinta del anterior, redimensionando, en los términos previstos en la cláusula 4 del PCAP, el personal que estima como mínimo necesario para ejecutarlo.



Ello no afecta a la obligación de subrogación establecida en la cláusula 17.4 del PCAP de los trabajadores que actualmente prestan el servicio, ahora bien, esta obligación no supone que los trabajadores que exceden de la plantilla mínima prevista en la cláusula 4 del PCAP, como es el caso de la recurrente, deben ser necesariamente adscritos a la prestación del servicio objeto del contrato.

En efecto, como ha señalado la Resolución 99/2013, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, *“Una vez que los trabajadores subrogados pasan a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, podrá adscribirlos o no al contrato indicado o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial cumpliendo la normativa laboral vigente, puesto que la subrogación implica la asunción o sucesión del adjudicatario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral entre el empresario que viniera prestando el servicio y sus trabajadores, pero no significa que dicho personal deba ser adscrito necesariamente a la prestación del servicio contratado”*.

A este respecto, el artículo 87 del TRLCSP establece que *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”*.

Para los contratos de servicios el artículo 302 del TRLCSP regula la determinación del precio señalando que *en el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades*.

Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la *“primera y más importante*



premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

En el presente supuesto, la cláusula 4 del PCAP establece que “El precio del contrato se calcula habida cuenta los costes de personal, gastos de transporte y otros costes necesarios para la prestación del servicio.”

Así las cosas, el cálculo realizado por el órgano de contratación para determinar el precio de licitación es razonable y proporcionado, procediendo, en consecuencia, confirmar los pliegos impugnados y desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. M.B.C contra los pliegos que han de regir la contratación del servicio del centro de día “Novo Antonio Gandoy”.

Segundo. 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 47.5 del TRLCSP.

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 Autónoma de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad

con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.