



Recurso nº 652/2014 IB-52

Resolución nº 678/2014

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

En Madrid a 17 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M. A. F., en nombre y representación de la Cruz Roja de Baleares, contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicio para la gestión de la Oficina de información, asesoramiento y orientación a la inmigración para la isla de Mallorca (OFIM), este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT, a partir de ahora) y de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en lo sucesivo) del contrato de servicio para la gestión de la Oficina de información, asesoramiento y orientación a la inmigración para la isla de Mallorca –OFIM-, publicados en el BOIB de fecha 26 de julio de 2014 se interpuso el presente recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado ante este mismo Tribunal por Cruz Roja de Baleares.

Segundo. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en lo sucesivo) se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido el mismo y el correspondiente informe del órgano de contratación, previsto en el mismo precepto ahora señalado.

Tercero. Este Tribunal con fecha 29 de agosto de 2014 estima la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Según lo establecido en el artículo 47.4 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Baleares el 29 de noviembre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 19 de diciembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 10 de diciembre de 2012.

Segundo. La recurrente, entre cuyas actividades están las que son objeto del contrato, tiene interés en la licitación, por lo que está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. De acuerdo con el dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que tienen que regir la contratación pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo preceptuado al respecto en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. El recurrente solicita la modificación de los pliegos en mérito a dos motivos. El primero de ellos se basa en que otorgando los PCAP una ponderación del 30% a las mejoras sin contraprestación económica - conocimiento de idiomas por parte del personal y segundas titulaciones y estudios de perfeccionamiento- no obstante, señala el recurrente, en el cuadro de características del contrato, en la letra F5, en relación con el punto 5.2 del PCAP, y de conformidad con el artículo 64 del TRLCSP, no se exige que se especifiquen los nombres y la calificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación, al igual que tampoco la adscripción del personal. Continúa añadiendo el recurrente que en el apartado 3.2.1 del PPT, se contempla la dotación mínima de personal que tendrá que ser de ocho personas con las titulaciones exigidas, estableciéndose la posibilidad de sustituir a los trabajadores siempre que se cumpla con

el personal mínimo. Por todo ello, concluye, al no existir obligación de adscribir al contrato el personal que se presenta en la oferta se puede incurrir en la incongruencia de que para obtener una mayor puntuación, en las mejoras, se presente a los trabajadores que ostenten un mayor conocimiento de idiomas y mejor currículum pero que una vez adjudicada la contratación no queden adscritos al servicio.

El órgano de contratación, en resumen, informa que no existe la pretendida incongruencia y que el recurrente realiza una interpretación errónea de los pliegos.

A estos efectos interesa indicar que la cláusula 5.2 del PCAP señala que *“Además de la solvencia o la clasificación exigidas en los apartados 1 a 4 de la letra F, el órgano de contratación puede exigir la adscripción a la ejecución del contrato, como mínimo, de los medios personales y/o materiales que se indican en la letra F.5. Si no se indica nada, se entiende que no existen exigencias adicionales”*, si bien la letra F.5 del cuadro de características del contrato indica la no exigencia de adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato.

Por su parte el PPT, en su apartado 3.2.1, señala lo siguiente:

“La empresa adjudicataria debe disponer del personal necesario para la gestión correcta del Centro de Información y Orientación para la Inmigración.

Corresponde al contratista ejercer las facultades y las competencias derivadas de la condición de empresa, como el establecimiento de los horarios y el otorgamiento de las licencias y permisos a sus trabajadores.

La dotación de personal tiene que ser de un mínimo de ocho personas, las cuales deberán hablar, como mínimo, uno de los dos idiomas oficiales de la comunidad autónoma:

- Un trabajador o trabajadora social o un licenciado o licenciada en derecho como coordinador o coordinadora del servicio.*
- Dos licenciados en derecho.*
- Dos trabajadores sociales.*

- Dos auxiliares administrativos con titulación mínima de graduados en educación secundaria obligatoria (ESO) o equivalente.
- Un trabajador o trabajadora social o un licenciado o licenciada en derecho itinerante por los municipios de la Part Forana.

El licitador tendrá que presentar las titulaciones exigidas del personal que prestará el servicio en el proyecto técnico de gestión: Derecho o Trabajo Social, y graduación mínima en ESO de los auxiliares administrativos (sobre num 4).

Las variaciones que se puedan producir en los trabajadores que lo tienen que prestar, como por ejemplo una posible renuncia, tendrán que ser cubiertas por la empresa de manera que el equipo que ejecute el contrato siempre conste de ocho personas con las titulaciones adecuadas antes citadas.

El coordinador dirige y coordina al resto de trabajadores, bajo su responsabilidad y poder de dirección.”

Planteada así la cuestión lo primero que debe analizarse es la previsión contenida en el artículo 64.2 del TRLCSP, único artículo citado por el recurrente, y que, al parecer, se considera infringido.

Dispone el apartado 2º del artículo 64 del TRLCSP que: “Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”

Del texto del referido artículo se desprende, en primer lugar, que la posibilidad de que los pliegos recojan un compromiso por parte de los licitadores de adscribir a la ejecución del contrato determinados medios materiales o personales se trata de eso, una posibilidad, y

no una exigencia legal de aplicación obligatoria y automática de tal forma que su incumplimiento invalide los pliegos.

Aunque resulte conveniente para el órgano de contratación, por las evidentes garantías que supone antes de celebrar el contrato, que en determinados supuestos los pliegos contemplen el referido compromiso -artículo 64.2 del TRLCSP- pudiendo así verificarse con el licitador que resulta adjudicatario que éste dispone de los medios personales o materiales que se comprometió a aportar -artículo 151.2 del TRLCSP-, salvando así posibles incumplimientos antes de iniciar, como decíamos, la ejecución del contrato, resulta perfectamente posible, siendo igualmente válidos, los pliegos que no recojan esa previsión.

En segundo lugar, la posibilidad contemplada en el referido precepto no se circunscribe, exige o limita a los casos en los que los medios personales o materiales son tenidos en cuenta en los pliegos como criterios de adjudicación, dado que no existe referencia alguna en este sentido en la redacción del artículo 62.2 del TRLCSP, sino que es independiente a lo anterior. Así, pueden darse casos en donde los pliegos establezca el compromiso de adscribir medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato, y el aumento o mejora de esos medios para llevar a cabo la ejecución no se prevea como criterio de adjudicación, y a la inversa, pueden darse otros supuestos en donde los Pliegos no recojan la exigencia de comprometer la adscripción de medios personales y materiales, y sin embargo sí que se tengan en cuenta como criterio de selección el aumento o la mejora de los medios que se consideran necesarios para ejecutar el contrato – teniendo su explicación este último supuesto, entre otras causas, en el hecho de que si se requiere mejorar esos medios para obtener una mayor puntuación, el compromiso inicial que se adjunta en la documentación general por el licitador no se ajustaría, a ser un mínimo, a la oferta posterior que sería la que determinaría los medios definitivos a aportar - .

Obviamente, ni que decir tiene, que si los pliegos establecen la necesidad de que los licitadores se comprometan a la adscripción determinados medios personales o materiales, o/y los tienen en cuenta para adjudicar el contrato, las cláusulas de los pliegos, y los pliegos entre sí -particulares y de prescripciones técnicas- que hagan

referencia a los medios necesarios para ejecutar el contrato deben guardar una congruencia interna de tal forma que no se exijan medios en menor número o de características inferiores a los establecidos en las distintas cláusulas o pliegos.

Llegados a este punto, por lo que respecta al caso que nos ocupa, resulta que –como ya hemos señalado- los pliegos no hacen uso de la previsión del artículo 64 del TRLCSP, aunque sí exigen para valorar uno de los criterios de adjudicación – Punto 3 de la Letra A y B del cuadro de criterios de adjudicación del contrato, en relación con el apartado 3.2.1 y 3.4 del PPT –, que los licitadores ofrezcan una dotación mínima de personal y una determinada titulación, estableciendo igualmente, como otro criterio de adjudicación, la posibilidad de mejoras a presentar por los licitadores consistente en el conocimiento por el personal a prestar el servicio de otros idiomas, distintos del catalán y castellano para una mejor atención de los usuarios -Punto 2 de la Letra A y B del cuadro de criterios de adjudicación del contrato-.

Lo anterior es perfectamente posible conforme a lo expuesto más arriba, pues no se infringe el artículo 64.2 de la TRLCSP que no obliga a recoger como contenido de los pliegos el compromiso de adscripción de medios personales o materiales, no siendo tampoco por ello incongruentes, pues pliegos aprobados – tanto los de cláusulas administrativas particulares, como los de prescripciones técnicas - en todo momento exigen la misma dotación y titulación mínima, sin perjuicio de que pueda ser mejorada y valorados los conocimientos en idiomas y titulaciones adicionales del personal que oferten los licitadores.

El que, tal y como afirma el recurrente, para obtener una mayor puntuación en las mejoras puedan presentarse por los licitadores a los trabajadores que ostenten un mayor conocimiento de idiomas y mejor currículum pero, una vez adjudicada la contratación, no queden adscritos al servicio, no se trata de una incongruencia de los pliegos o un vicio imputable a los mismos, sino que, de así ocurrir, se trataría de una incongruencia entre lo ofertado por el licitador y lo realmente ejecutado, vicio reprochable al contratista y no a los pliegos.

En todo caso, ante la hipotética situación que denuncia el recurrente los PCAP salen al paso pues debe recordarse que habiéndose tenido en cuenta como uno de los criterios de adjudicación el conocimiento de idiomas y la titulación del personal que preste el servicio, si el personal ofrecido por el adjudicatario resulta sustituido por otros que no reúnan los conocimientos o titulación de los que sustituyen, resultaría aplicable las penalidades previstas en el la Letra S del cuadro de características del contrato – *“PENALIDADES ESPECÍFICAS PARA ESTE CONTRATO NO INCLUIDAS EN EL ART. 212 TRLCSP. En caso de que el incumplimiento afecte características tenidas en cuenta para definir los criterios de adjudicación (art. 150.6) -*, o en última instancia, la resolución del contrato toda vez que la Letra U del cuadro de características del contrato, bajo el título “ *“RESOLUCIÓN DEL CONTRATO”* recoge como causa de resolución: *“Incumplimientos de la prestación que afecten características que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, a los cuales se atribuye carácter de obligación contractual esencial a los efectos del art. 223 f (art. 150.6 TRLCSP) “*.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Sexto. En segundo lugar, considera el recurrente que el PCAP o el PPT no contienen disposición alguna en cuanto a la subrogación de los trabajadores que actualmente se encuentran trabajando, por la entidad que resulte adjudicataria del contrato. Funda la necesidad de esta previsión en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y Directiva 2001/23/CE.

El órgano de contratación sostiene que esa subrogación no se deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ni existe convenio colectivo que la disponga. El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no tiene el alcance ni la aplicabilidad al caso que pretende el recurrente, pues no existe una subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria. Ello sin perjuicio de lo que dispongan los convenios colectivos para este supuesto.

Ni el recurso ni el informe del órgano de contratación hacen referencia a la existencia de norma de convenio colectivo que establezca la subrogación en los trabajadores.

La cuestión, que es reproducción de la planteada por la propia entidad recurrente en otros recursos, ha sido tratada por el Tribunal bajo diversas perspectivas, siendo la ahora suscitada en el recurso la más general, esto es, si tiene o no que constar esta previsión en los pliegos. Así, en la resolución nº 156/2013 de fecha 18 de abril de 2013 citando otra anterior 181/2011, en el recurso interpuesto por Cruz Roja de Baleares contra los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas de la contratación del servicio de gestión de las oficinas de información, asesoramiento y orientación a la población inmigrante (OFIM), expediente de contratación 2013/271, se indicó:

“Tercero. La cuestión de fondo planteada por la recurrente se reduce a la falta de inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de mención alguna a la posible obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes entre el anterior contratista y el que resulte de la licitación convocada.

Tal cuestión surge en relación con la exigencia establecida en el artículo 104 de la ley de Contratos del Sector Público en el sentido de 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.

En base a esta circunstancia la recurrente considera que se producirá una situación de clara desigualdad en la licitación al no encontrarse en posesión de los indicados datos todos los licitadores que no sean el actual contratista.

El órgano de contratación, por su parte, ha puesto de manifiesto que no es su intención exigir la subrogación en las relaciones laborales actualmente existentes.

Cuarto. *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.

Tal es el caso de la presente licitación, en que no se exige la subrogación en las relaciones laborales preexistentes ni en disposición o convenio colectivo alguno ni en el pliego de cláusulas administrativas, por lo que no hay razón que justifique la impugnación de los pliegos en base al incumplimiento por éstos de lo previsto en el artículo 104 antes transcrito".

En fin, que como señala el Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el hecho de no incluir esta obligación en los pliegos, en la hipótesis de que existiese, no anula lo actuado, puesto que aquéllos sólo pueden establecer los derechos y obligaciones entre las partes, y no forman parte de su contenido las estipulaciones que afectan a derechos y obligaciones de terceros.

Por todo lo anterior, se desestima también este motivo de oposición.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Cruz Roja de Baleares contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicio para la gestión de la Oficina de información, asesoramiento y orientación a la inmigración para la isla de Mallorca (OFIM).



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal el 29 de agosto de 2014.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 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 las Islas Baleares, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.