



Recurso nº 282/2015 C.A. Galicia 36/2015

Resolución nº 388/2015

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

En Madrid, a 24 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.H.A., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), contra los Pliegos que han de regir el contrato de servicios denominado “*Servicio de conservación y reposición de las zonas verdes en la ciudad de Vigo*”, Expte. 7614/446, convocado por el Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por esta misma Entidad se interpuso recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos que habían de regir el contrato de servicios denominado “*Servicio de conservación y reposición de las zonas verdes en la ciudad de Vigo*”, Expte. 7614/446, convocado por el Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra), y particularmente se impugnaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y en concreto por lo que aquí interesa, la cláusula 27: Personal del contratista. Y particularmente el apartado 4, en relación con el Anexo III. Decía la recurrente en aquel recurso que el adjudicatario del contrato se tiene que subrogar en el personal de la empresa que actualmente presta el servicio a contratar en el propio Ayuntamiento de Vigo, y que figuraba en el Anexo III del Pliego, la relación de dicho personal, con su antigüedad, tipo de contrato y categoría. Más sin que se informara nada sobre la aplicación de las condiciones laborales de ese personal, en concreto, el Convenio Colectivo aplicable, así como los importes reales abonados a los trabajadores. Y que sin esa información que ha de facilitar el Pliego, los posibles licitadores desconocen la carga económica que les iba a suponer asumir ese personal, lo que incidía

en sus ofertas económicas, infringiéndose el art. 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF). En la resolución nº 20/2015, de fecha 9 de enero de 2015, dictada por este Tribunal, resolviendo ese recurso, se analizó esa cuestión diciendo:

*“Seguidamente sobre el fondo de la cuestión, vistas las alegaciones de la recurrente y el informe de la Administración contratante, el art. 120 del R.D.L 3/2011 dispone: “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.**” La información facilitada en el Anexo III del PCAP de los trabajadores a subrogar, es la fecha de antigüedad del trabajador, el tipo de contrato y la categoría. Con esta información, estima el Tribunal que es suficiente para que el potencial licitador conozca sin más, el coste laboral de los trabajadores. Determinar el Convenio Colectivo en la ciudad de Vigo aplicable, es una cuestión ajena a la información que debe facilitar el PCAP, y estar al alcance de las empresas participantes en el procedimiento de licitación, por dedicarse ellas a la actividad material objeto de licitación.”*

Y en su fallo se declaró:

“Estimar parcialmente el recurso interpuesto por DON J.M.H.A., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), contra el PCAP... declarando que la Cláusula 31. Revisión de Precios...no es ajustada a Derecho...”

La cláusula 27: Personal del contratista, y particularmente el apartado 4, en relación con el Anexo III es ajustada a Derecho.... Y ordenando, consecuentemente, la retroacción del procedimiento de licitación al momento de aprobación del citado PCAP. con nueva redacción de la cláusula controvertida, publicándose la modificación y abriendo nuevo plazo para presentación de ofertas a los posibles interesados.”

Segundo. En ejecución de esa resolución 20/2015 de este Tribunal, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo por acuerdo de 2 de febrero de 2015, procedió a la modificación del PCAP que había de regir el contrato de “Servicios de conservación y reposición de las zonas verdes en la ciudad de Vigo”, Expte. 7614/446, publicándose los anuncios el 6 de febrero de 2015 en el Boletín Oficial de la provincia de Pontevedra, en el Diario Oficial de Galicia, así como en el Perfil del Contratante del propio Ayuntamiento de Vigo.

Ante la petición aclaratoria dirigida al Ayuntamiento por la ASOCIACIÓN aquí recurrente, de por qué en los Pliegos figuran dos Anexos, el III y el IV, comprendiendo el personal que presta servicios al actual contratista, y que debía ser subrogado por la empresa adjudicataria, el Ayuntamiento de Vigo publica una nota en el Perfil del Contratante, en la que informa de dos documentos:

- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 14 de noviembre de 2014 que aprobó los dos anexos III y IV, en los que figura el listado de personal. El personal del Anexo III es el que figuraba inicialmente en el Pliego. Y el personal del Anexo IV corresponde a la lista de trabajadores que actualmente prestan el servicio de conservación y reposición de zonas verdes presentada por las empresas CESPAS, S.A. y CESPAS JARDINERÍA, S.L. en el Registro General del Ayuntamiento el 11 de noviembre de 2014.

- Resolución 20/2015 de este Tribunal.

Tercero. Con fecha 18 de febrero de 2015 tiene entrada en el Ayuntamiento escrito de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), interponiendo recurso especial en materia de contratación contra el nuevo PCAP, dictado en ejecución de la resolución 20/2015 de este Tribunal, que ha de regir el contrato, e impugna de nuevo la cláusula 27. Personal del contratista. Apartado 6 “Información exigible por el artículo 120 del TRLCSP”, de la disposición relativa a “Otros aspectos del contrato: Observaciones”, que se refiere a la subrogación de los trabajadores actualmente afectos al servicio, y que figuran en los Anexos III y IV. En sus alegaciones dice lo siguiente:

- En el Anexo III, se comprueba que aparecen varias tablas, con enumeración de trabajadores en distinta situación. Deteniéndose en la tabla: Relación de personal subrogado

en el año 2005 no activo actualmente. Hace consideraciones sobre cuál es la razón de no estar en activo, si está en excedencia, si va a volver a la situación de activo, en qué momento, con anterioridad a la subrogación, nada se indica en el Anexo. Por otro lado, aparecen 23 trabajadores, con su antigüedad, tipo de contrato y categoría profesional, más no se indica qué Convenio Colectivo es aplicable.

- En el Anexo IV el personal que figura no es coincidente con el que figura en el Anexo III. Se indica que algunas personas que figuran en este Anexo IV, se rigen por el Convenio Estatal de Jardinería, otros por el Convenio de Centro Cespa Vigo-Jardines. Se facilita el salario bruto real del personal que figura en este Anexo IV, con tablas salariales del año 2013, cuando estas tablas ya no están en vigor, no se indica qué personal tiene pluses; figuran interinos, pero no se indica si están sustituyendo a otro trabajador, a quién y hasta cuándo. Aparece un trabajador como Jardinero en el Anexo III, y el mismo como Auxiliar Jardinero en el Anexo IV; otro como oficial en un Anexo y como Jardinero en otro Anexo. Otro trabajador como Técnico Licenciado en un Anexo y en el otro Anexo como Técnico Diplomado. Por todo ello, solicita que se proceda a la urgente modificación del PCAP, en el sentido de facilitarse con precisión, corrección y certeza, la información relativa al personal subrogado, sus circunstancias laborales y el Convenio que ha de ser aplicado.

Cuarto. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación, reclamando el expediente administrativo, que fue remitido por el mismo junto con el correspondiente informe de 4 de marzo de 2015, en el que se sustenta lo siguiente:

- La ASOCIACIÓN recurrente ya interpuso igual recurso contra el PCAP, que fue resuelto por este Tribunal en su resolución 20/2015 de 9 de enero de 2015, y sobre la misma cuestión de nuevo planteada, siendo desestimado en este punto el recurso, por lo que, a su juicio concurre la cosa juzgada, según sentencias del Tribunal Supremo que cita, de 29 de mayo de 1995 y 12 de junio de 1997.

- El Ayuntamiento ha anexoado la relación de trabajadores facilitada por la empresa, con los datos indicados en la misma. Con estos datos cualquier licitador, aplicando el convenio colectivo del sector puede calcular los costes laborales de los trabajadores que tengan derecho a subrogación.

- La razón de incluir dos anexos en las listas de personal responden a la motivación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de noviembre de 2014, en el que consta: *“En fecha 12 de noviembre de 2014, el Jefe de Servicio de Parques...dirige un nuevo escrito al servicio de Contratación comunicando que “con fecha 11/11/2014 tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento un escrito presentado por las empresas Cespa, S.A. y Cespa Jardinería, S.L. con referencia al expediente 7614/446 (Conservación y reposición de zonas verdes) en el que entre otros puntos adjunta una relación de personal)...se propone anexas la nueva información referente al personal manteniendo la documentación ya existente en el pliego.”* Por todo ello, solicita la inadmisión del recurso, o subsidiariamente la desestimación, con imposición de multa a la parte recurrente, y oponiéndose a la solicitud de suspensión de tramitación del procedimiento.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 31 de marzo de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, tal y como había sido solicitado por la ASOCIACIÓN recurrente y en contra de lo manifestado por el Ayuntamiento de Vigo, dictó resolución acordando la medida provisional de suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con los arts. 43 y 46 del TRLCSP.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

A los anteriores antecedentes de hecho, son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia.

De acuerdo con el art. 41.1 del TRLCSP y el Convenio de colaboración celebrado entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Galicia de 7 de noviembre de 2013 (BOE de 25 de noviembre de 2013), Cláusula segunda.1, este Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la parte recurrente.

Segundo. Representación y legitimación.

La representación de la ASOCIACIÓN recurrente la ostenta el apoderado que por la misma comparece, en virtud de la escritura de poder de fecha 22 de abril de 2005 que aporta.

Interpone el recurso especial la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), a la vista del art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre los interesados, y la interpretación amplia y flexible del principio “pro actione” por parte de la Jurisprudencia, así como a la vista de los Estatutos de la Asociación aportados, y su modificación llevada a cabo el 18 de octubre de 2012, hay que reconocer legitimación a la Asociación empresarial recurrente. Según el art. 4 de los Estatutos modificados: *“ASEJA, como entidad de ámbito nacional para integración, representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de la actividad empresarial definida en el art. 3 de los Estatutos Sociales tendrá, entre otros, los siguientes fines: ...2. La representación colectiva, participación, gestión y defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos y cualesquiera otras entidades o personalidades, públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales.”* Además, por haber sido reconocida por este Tribunal la legitimación en el recurso anterior, resolución nº 20/2015.

Tercero. Acto recurrible.

Tal y como se ha descrito, el acto recurrible es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios denominado *“Servicio de conservación y reposición de las zonas verdes en la ciudad de Vigo”*, modificado y aprobado por acuerdo de 2 de febrero de 2015 de la Junta de Gobierno Local y particularmente la cláusula de la que se ha hecho mención.

Cuarto. Plazo.

El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días previsto en el art. 44.2 del TRLCSP.

Quinto. De fondo.

Se trata como cuestión básica de analizar la legalidad del nuevo PCAP redactado por el Ayuntamiento de Vigo y aprobado el 2 de febrero de 2015. Es obvio que en los nuevos pliegos que han de regir el contrato, y referente al personal que ha de asumir el nuevo adjudicatario del servicio, figura el mismo descrito en los dos Anexos, el III y el IV. La relación de personal que figura en los dos Anexos no es coincidente, no ya por la situación de alguno de los trabajadores, sino por el número total de trabajadores. Así, en el Anexo III, figuran 115 trabajadores en activo, más 23 trabajadores no activos. En tanto que en el Anexo IV figuran 110 trabajadores a subrogar. Ante esta discrepancia entre los dos Anexos, cualquier candidato que quiera concurrir a la adjudicación del servicio desconoce la carga económica o coste del personal a subrogar. Y es obvio que los Pliegos tienen que facilitar una información detallada y exacta del número total de trabajadores a subrogar por el futuro adjudicatario, por lo que en este sentido lleva razón la recurrente, que la información facilitada no es exacta, y consiguientemente procede la estimación del recurso. Debe por tanto, la Administración contratante, en relación directa con el actual adjudicatario, recabar del mismo la información precisa del número total de trabajadores que han de ser objeto de subrogación, y aprobar otro Anexo nuevo y definitivo que contenga los trabajadores afectados por la subrogación. Y una vez dictado el nuevo acuerdo de aprobación del Anexo que contenga la relación de trabajadores a subrogar, proceder a su publicación, abriendo nuevo plazo de presentación de ofertas a los candidatos interesados. Por lo que se debe retrotraer el procedimiento al momento en que el Ayuntamiento proceda a la aprobación del Anexo definitivo que contenga la relación de trabajadores a subrogar, con publicación de nuevo de los Pliegos y apertura de nuevo plazo de presentación de ofertas.

Sexto. Queda pendiente por analizar la legalidad de la información contenida en la cláusula del PCAP (Anexo IV), referente al personal a subrogar. En principio la misma fundamentación que se expuso al dictar nuestra resolución 20/2015 en el anterior recurso, sigue siendo válida.

La información facilitada en el PCAP de los trabajadores a subrogar, consistente en la fecha de antigüedad del trabajador, el tipo de contrato y la categoría, incluyendo además el nuevo anexo convenio de aplicación y salario bruto, estima el Tribunal que es suficiente para que el potencial licitador conozca sin más, el coste laboral de los trabajadores.

El art. 120 del TRLCSP dispone: *“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.”* Entiende el Tribunal que la información facilitada es suficientemente informativa para calcular los costes laborales, para los licitadores que se dedican habitualmente a la actividad objeto de licitación. Tal y como se ha pronunciado este Tribunal en anteriores resoluciones, en las que incluso ha sido parte la propia ASOCIACIÓN aquí recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos y fundamentos de derecho anteriores

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.M.H.A., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Anexos III y IV que han de regir el Contrato de Servicios denominado *“Servicio de conservación y reposición de las zonas verdes en la ciudad de Vigo”*, Expte. 7614/446, convocado por el Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra), anulando los citados Anexos, por su disconformidad a Derecho y ordenando la retroacción de actuaciones al momento en que el Ayuntamiento apruebe el Anexo definitivo en el que conste el personal en el que se ha de subrogar el nuevo adjudicatario, con publicación del Pliego modificado y nueva apertura de plazo para presentación de ofertas por los interesados, y la continuación de la tramitación ordinaria del expediente de contratación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida por el acuerdo de este Tribunal de 31 de marzo de 2015, de conformidad con el art. 47.4 del TRLCSP.

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 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 arts. 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.