



Recursos nº 328,329 y 331/2016 Ciudad de Ceuta 2,3 y 4/2016

Resolución nº 440/2016

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

En Madrid, a 3 de junio de 2016.

VISTOS los recursos interpuestos por D. MA. A. B., en nombre y representación de ARASTI BARCA MA, S.L, por D^a MP. M. S. y D^a A. G. D., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y lista de subrogación de trabajadores del contrato de “Servicio de monitores de natación y socorristas en el complejo deportivo José Ramón Díaz-Flor, complejo deportivo Guillermo Molina y actividades acuáticas organizadas por el Instituto Ceutí de Deportes”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad de Ceuta de 19 de abril de 2016 se licitó, por parte del Instituto Ceutí de Deportes la contratación del “Servicio de monitores de natación y socorristas en el complejo deportivo José Ramón Díaz-Flor, complejo deportivo Guillermo Molina y actividades acuáticas organizadas por el Instituto Ceutí de Deportes”, con un presupuesto de licitación de 937.461,26 € y tramitación ordinaria. La cláusula 27 del PCAP disponía: *“El adjudicatario deberá subrogarse en el personal descrito en el anexo del presente pliego. Cualquier nueva contratación con destino a la prestación del objeto del contrato que pudiera suponer directa o indirectamente un incremento en el listado de personal de subrogación previsto en este contrato, necesitará la autorización previa del consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Ceuta, previo informe favorable de la Intervención de la Ciudad y del Director del contrato que designe el Instituto Ceutí de Deportes”.*

Previamente, por correos electrónicos de 17 y 30 de diciembre de 2015, el Instituto Ceutí de Deportes había solicitado a la empresa que en esos momentos prestaba los servicios que iban a ser objeto de contrato la relación de trabajadores a subrogar. En el primer correo se indicaba: *“en dicha lista no se debe incluir el puesto de Director ya que el mismo no es objeto de contrato”*.

El vigente contratista, remitió un listado en el que incluía a 29 trabajadores en el que constaban: 1 Director, 1 Coordinador, 1 socorrista, 1 monitor-s.o.s. y 25 monitores.

Sin embargo, en el anexo del PCAP figuran 27 trabajadores: 1 coordinador, 1 socorrista, 1 monitor/sos y 24 monitores. La diferencia entre ambas listas estriba en que no recoge el pliego al director ni a un monitor con contrato 510 de 4 horas semanales.

Por su parte, el PPT exige como mínimo para la prestación los siguientes medios humanos: 1 coordinador, 24 monitores de natación, 3 socorristas y 3 monitores socorristas.

Segundo. Disconforme con dicha exclusión se formulan sendos recursos, en los que invocan, en esencia:

- a) ARASTI BARCA ML, S.L., expone que el anexo del PCAP no respeta la lista remitida en aplicación del artículo 120 TRLCSP, de modo no incluye a dos trabajadores, uno con categoría de director y otro de monitor. Además, existe discrepancia en el salario de un monitor. Estas omisiones perjudican los intereses de la empresa *“ya que el no recurrir el pliego puede suponer la aceptación de la lista de subrogación, viéndose obligada la empresa al despido de los trabajadores omitidos y por lo tanto al pago de la correspondiente indemnización”*. Considera que se altera el principio de transparencia teniendo en cuenta que el único criterio de valoración es el del precio. Solicita la anulación del proceso de contratación con la aprobación de un nuevo pliego que contenga a la totalidad de los trabajadores.
- b) D^a MP. M. S., indica que lleva más de un año trabajando como director-gerente de los contratos de natación y socorrismo del ICD y que ejecuta tareas de dirección y gerencia del servicio en el pabellón Guillermo Molina en estrecho contacto con el

coordinador, describiendo sus funciones tales como, contratación, nóminas ordenación de pagos de salarios, licencias y vacaciones, poder disciplinario. Entiende que debería figurar en la relación de trabajadores a subrogar.

- c) D^a A. G. D., indica que desde el día 30 de octubre de 2015 trabaja para la empresa ARASTI BARCA MA, S.L. y que su puesto de trabajo no aparece en la relación como debiera, infringiéndose su derecho y la cláusula 27 del Pliego.

Tercero. El órgano de contratación ha emitido los oportunos informes cuyos fundamentos pueden ser resumidos del siguiente modo: a) El ICD ha cumplido escrupulosamente el artículo 120 del TRLCSP, publicando la lista del personal que presta sus servicios directamente en las instalaciones municipales; b) El listado facilitado por la empresa no puede vincular a la Administración en el diseño de los servicios, de modo que el PPT exige 1 coordinador, 24 monitores de natación, 3 socorristas y 3 monitores socorristas. Esta es la forma en la que debe prestarse el servicio; c) Tras diversos listados facilitados por la empresa contratista actual se han eliminado del listado la figura del director y un auxiliar administrativo, cuyas funciones, en ambos casos no se han desarrollado en las instalaciones municipales ni han figurado como personal necesario para la prestación del servicio: *“estos puestos de trabajo no figuran adscritos al centro de trabajo o unidad productiva-económica sobre la que opera la subrogación, prestando sus servicios presumiblemente en la sede de la empresa adjudicataria”*. Concluyendo que esta cuestión debe ventilarse ante los órganos del orden social; d) Por último, invoca la falta de legitimación de los trabajadores, indicando que la cuestión habrá de resolverse en la jurisdicción social.

Cuarto. La empresa ARASTI BARCA MA, S.L. ha formulado alegaciones en la que se expone que ambas recurrentes tienen derecho a la subrogación tanto por prestar servicios como por tratarse de la transmisión de una unidad económica y, en consecuencia, ser una sucesión empresarial.

Quinto. Por acuerdo del Tribunal de 5 de mayo de 2016 se acordó conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto. Se acuerda la acumulación prevista en el artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de ambos recursos, al tener idéntico contenido, referirse al mismo tipo de acuerdo y tratarse del mismo procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio de colaboración con la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado en el Boletín Oficial del Estado de 17 de abril de 2013.

Segundo. Sin perjuicio de lo que después se dirá, ARASTI BARCA MA, S.L. goza de legitimación al ser la actual contratista y que, por tanto, es un potencial licitador.

Las recurrentes se encuentran legitimadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Ambas recurrentes están vinculadas por contrato laboral con la empresa prestadora del servicio saliente y tienen un interés singular y concreto en aparecer en la lista de personal vinculado al contrato a efectos de subrogación. El Tribunal viene admitiendo en estos casos la legitimación de trabajadores, vgr. Resoluciones 292/2012, de 5 de diciembre, y 80/2013, de 20 de febrero.

Tercero. Los recursos han sido presentados en el registro del Tribunal en plazo, acreditándose haber realizado anuncio previo ante el órgano de contratación dentro del plazo de interposición.

Cuarto. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder

adjudicador y contrato de servicios categoría 26 anexo II y cuantía superior a 209.000 euros, este Tribunal tiene competencia para resolver el recurso.

Quinto. La problemática de la subrogación de los trabajadores ha dado lugar a gran número de recursos y resoluciones del Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuya cita resultaría inagotable. Valga como ejemplo la reciente Resolución nº 308/2016. La doctrina establecida -dejando al margen singularidades- se puede sintetizar del siguiente modo:

1º. La obligación de subrogación no nace del contrato administrativo, sino de la legislación laboral o convenio colectivo del sector.

2º. En esos supuestos, el artículo 120 TRLCSP obliga a dar la información suficiente para que los licitadores puedan, en condiciones de transparencia e igualdad, confeccionar sus ofertas.

3º. La previsión de subrogación prevista en la legislación laboral o convenios no vincula a la Administración a la hora de definir el contenido de la prestación a contratar.

Sexto. En relación al recurso de ARASTI BARCA MA, S.L., el único motivo del recurso es la lista de subrogación. El recurrente discute la lista misma y no el PPT en cuanto establece los puestos mínimos con que debe cubrirse el servicio contratado. No se argumenta sobre la suficiencia o insuficiencia de medios previstos en los pliegos. Así las cosas, y considerando que el recurrente es la actual empresa contratista, resulta que lo relevante desde el punto de vista de la contratación del sector público es la información exigida por el artículo 120 del TRLCSP, la cual para el recurrente es irrelevante, puesto que la conoce de primera de mano, y, por ello, una eventual inexactitud o irregularidad no le afecta. Las cuestiones que plantea sobre que tendría que asumir el coste de los despidos si no están incluidas determinados trabajadores es algo ajeno al ámbito de la contratación pública. En todo caso, y por razón de la acumulación acordada, se procede a analizar los recursos de las trabajadoras recurrentes.

Séptimo. El recurso de D^a MP. M. S. expone que ella es directora. Sin embargo, el PPT establece en diversas cláusulas el contenido de la prestación y el mínimo de personal en

activo que no incluye a un director. La Administración contratante entiende que no se incluye en él la tarea de dirección, debiendo prestarse el servicio con un coordinador, 24 de monitores de natación, 3 socorristas y 3 monitores socorristas.

El recurso de D^a A. G. D. sostiene que ella trabaja como monitora de natación con antigüedad de 3 de octubre de 2015 y que el derecho de subrogación nace con una antigüedad de 4 meses (el convenio señala 5 meses, BOE 2 de octubre de 2014). El informe del órgano de contratación señala que se ha suprimido del listado el puesto de director y un puesto de auxiliar administrativo. Sin embargo, en la relación remitida por la empresa figura esta recurrente como monitora, sin que exista por parte del órgano de contratación mayor explicación en este punto.

El artículo 120 del TRLCSP “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”, 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. 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.”*

No consta en las alegaciones del órgano de contratación ni en la documentación del expediente que en los pliegos del contrato anterior se definieran con precisión el número y categoría de los trabajadores. Tampoco consta cláusula como la incorporada a este pliego que requiere autorización del órgano de contratación para incrementar los medios personales durante la vigencia del contrato, respecto de los previstos en los pliegos.

Así las cosas, si el pliego prevé la subrogación y ésta viene establecida en el convenio colectivo del sector, el alcance de la obligación del artículo 120 TRLCSP es facilitar la información sobre las condiciones de los trabajadores a los que pueda afectar la subrogación que no tiene necesariamente que corresponder con el personal que el

órgano de contratación precisa para la prestación del servicio que se licita. El órgano de contratación debe, ante la apariencia de subrogación establecida en el convenio colectivo, incluir la información. El concreto alcance de la subrogación y las cuestiones relativas a los trabajadores que en dicho ámbito no vayan a prestar parte efectivamente en la prestación del servicio por la definición que del mismo ha realizado la Administración, queda fuera del ámbito de la contratación y debe ser ventilada de acuerdo con las normas laborales y en su ámbito.

Por ello, en el caso de D^a MP. M. S. debe quedar incluida en la lista, puesto que su trabajo quedaba incluido en la prestación del servicio (no ha quedado acreditado que no fuera así) y, respecto de D^a A. G. D. se encuentra en un puesto de monitor con contrato vigente y también debe quedar incluida en la lista de personal a subrogar, lo cual lleva a la estimación del recurso, por entender que no ha quedado acreditada causa excluyente de la inclusión de dichas dos trabajadoras en el listado y a los solos efectos de la previsión del artículo 120 del TRLCSP sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

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 formulado por ARASTI BARCA MA, S.L, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y lista de subrogación de trabajadores del contrato “Servicio de monitores de natación y socorristas en el complejo deportivo José Ramón Díaz-Flor, complejo deportivo Guillermo Molina y actividades acuáticas organizadas por el Instituto Ceutí de Deportes”.

Segundo. Estimar los recursos formulados por D^a MP. M. S. y por D^a A. G. D. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y lista de subrogación de trabajadores del contrato “Servicio de monitores de natación y socorristas en el complejo deportivo José Ramón Díaz-Flor, complejo deportivo Guillermo Molina y actividades acuáticas organizadas por el Instituto Ceutí de Deportes”, anulando

parcialmente el procedimiento de licitación y ordenando la retroacción del mismo para la inclusión de dichas dos recurrentes en el listado remitido por la actual contratista a los efectos del artículo 120 del TRLCSP.

Tercero. Alzar la suspensión cautelar del procedimiento de licitación acordada

Cuarto. 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 Andalucía, Ceuta y Melilla, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.