



Recurso nº 274/2017 C. Valenciana 46/2017

Resolución nº 405/2017

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

En Madrid a 5 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. H. A., en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación para la contratación del “*Servicio de mantenimiento integral con criterios de sostenibilidad y perspectiva de género de la Universidad de Alicante*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Rectorado de la Universidad de Alicante convocó, mediante anuncio publicado el 3 de marzo de 2017 en el Boletín Oficial del Estado y en el DOUE y el 2 de marzo de 2017, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, licitación para contratar, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, el “*Servicio de mantenimiento integral con criterios de sostenibilidad y perspectiva de género de la Universidad de Alicante*”, con un valor estimado de 8.702.479,34 euros.

Segundo. El 22 de marzo de 2017 se presentó ante el órgano de contratación, escrito de anuncio y escrito de interposición de recurso especial formulado por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación de referencia, solicitando que se modifiquen los pliegos, anulando y dejando sin efecto la obligación de subrogación de personal que contienen los



apartados 12.5 y 12.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, en relación con el apartado 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

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

Cuarto. Por Resolución de 11 de abril de 2017 de la Secretaría del Tribunal se concede la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Quinto. No se procede por el Tribunal a evacuar el trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial contra pliegos, y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con condición de interesados.

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 del TRLCSP, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. Se recurre los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación para la contratación de un servicio regulación armonizada susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.



Cuarto. Conforme al artículo 42 del TRLCSP podrá interponer 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.

En este caso, la recurrente ha acreditado que es una asociación representativa de empresas de mantenimiento y servicios energéticos, entre cuyos fines está representar, promover y defender los intereses de sus entidades asociadas.

Como ya hemos puesto de manifiesto en otras resoluciones de este Tribunal (verbigracia, la resolución 29/2011) *“parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”*. En tal sentido (y así se argumenta en la citada resolución) la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso. Debe, por todo ello, concluirse que AMI está legitimada para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, el recurrente plantea únicamente, como causa de impugnación, que en los pliegos que rigen la licitación debe eliminarse la previsión de subrogación del personal por la empresa adjudicataria. Afirman que el Convenio Colectivo de aplicación no prevé la subrogación obligatoria e invocan resoluciones de este Tribunal en refuerzo de sus alegaciones.

El órgano de contratación interesa la desestimación del recurso afirmando que la subrogación obligatoria tiene amparo en la legislación de contratos del sector público y en la jurisprudencia que cita en su informe.

La resolución de la cuestión plantada exige estudiar si en los contratos como el licitado existe la obligación del adjudicatario de subrogarse en el personal que venía prestando los servicios con anterioridad.



Antes de analizar esta cuestión, se debe comenzar recordando que este Tribunal tiene declarado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales y convencionales en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral, de manera el órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación, informar en el Pliego o en la documentación complementaria *"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"* (artículo 120 TRLCSP).

El TACRC ha señalado en su Resolución número 320/2015 lo siguiente: *"Antes de analizar esta cuestión, se debe comenzar recordando que este Tribunal tiene declarado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales y convencionales en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral, de manera el órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación, informar en el Pliego o en la documentación complementaria "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" (artículo 120 TRLCSP). Como decíamos, entre otras muchas (Res. 172/2013, 292/2012, 134/2013, 181/2011 156/2013), en la Resolución 75/2013, "El fundamento de tales obligaciones estriba, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, en "La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos,...". Si bien en la 156/2013 apuntábamos además a que, con ello, se cumplía la necesaria igualdad entre licitadores pues en caso contrario resultaba beneficiado el contratista saliente, al contar con mayor información sobre tal esencial cuestión.*

Decíamos en la Resolución 375/2016, de 13 de mayo, que el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer



pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es, el de entender que siempre que exista al menos la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria.

En particular, en la Resolución 88/2015 aplicable al caso que nos ocupa se declaraba que *"(...) dado que de lo obrante en el expediente no puede inferirse que la adjudicación del contrato ahora examinado haya de llevar consigo la transmisión de la infraestructura o de la organización básica para la explotación -hipótesis en la que, según se ha indicado, desplegaría sus efectos el artículo 44.1 ET- parece claro que la subrogación sólo puede venir dada por las previsiones del Convenio colectivo aplicable. Delimitar cuál sea éste es una cuestión que puede resultar más o menos compleja, pero, en todo caso, es una tarea que debe ser realizada por el órgano de contratación con arreglo a las normas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en las disposiciones de los propios convenios que delimitan su ámbito de aplicación (artículos 82.3 , 83.1 y 85.3 ET ; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de febrero de 2014 –Roj STS 873/2014), y siempre teniendo en cuenta que los mismos no pueden extenderse a quienes no están comprendidos en el ámbito de la negociación (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 28 de octubre de 1996 –Roj STS 5900/1996-, 14 de marzo de 2005 –Roj STS 1581/2005-, 26 de abril de 2006 –Roj STS 2820/2006-, 10 de diciembre de 2008 –Roj STS 7231/2008-)."*

Resulta, por tanto, que no corresponde al órgano de contratación hacer pronunciamiento sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación pero, en el caso de que exista al menos apariencia de que puede concurrir dicha obligación, procede facilitar la información en los pliegos o en la documentación complementaria acerca de las condiciones de los contratos de los trabajadores que resulten afectados por la subrogación. Corresponde al órgano de contratación delimitar cuál es el convenio colectivo aplicable con el fin de conocer si existe dicha obligación de subrogación. Ello obliga a analizar qué convenio colectivo resulta aplicable.



Por otra parte, la Resolución del TACRC número 292/2015 establece: *"En este sentido, la Resolución 906/2014 de este Tribunal, citada acertadamente por el órgano de contratación, señala que "(...) por tratarse de un deber de información, la jurisprudencia ha afirmado que la obligación de subrogarse es exigible incluso cuando los Pliegos omitan la misma (cfr.: Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 -Roj STSJ PV 4693/2010-) o contengan errores en punto a la identificación de los trabajadores afectados (cfr.: Sentencia del Alto Tribunal, Sala IV, de 13 de noviembre de 2013 -Roj STS 5847/2013-). El órgano de contratación se sitúa así en una posición en la que ha de proceder con extrema cautela, toda vez que, si por un lado es claro que no le incumbe adoptar pronunciamientos propios de la Jurisdicción social (como son los relativos a si existe o no la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del anterior contratista), por otro debe proporcionar a todos los candidatos interesados una información sobre los eventuales costes laborales asociados a la prestación del servicio que, sin duda, es relevante a la hora de que aquéllos puedan decidir si concurren o no al procedimiento y en qué términos deben formular sus ofertas. Esa posición es si cabe más delicada si se tiene en cuenta que Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido recordando que la mera sucesión de contratos de una Administración no es causa que determine, por sí sola, la aplicación del artículo 44 ET salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización de trabajo básica para la explotación (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 -Roj STS 4481/2013-, 13 de febrero de 2013 -Roj STS 993/2013- y 19 de diciembre de 2012 -Roj STS 9066/2012), lo que obliga a analizar entonces qué convenio colectivo resulta aplicable (tarea que puede resultar harto compleja, vistos los artículos 82 y 86 ET y a efectuar un juicio acerca de si existe o no el deber de subrogación. En esta tesitura, el criterio de este Tribunal, siempre teniendo presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe, con arreglo al artículo 120 TRLCSP, requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así*



como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria (cfr.: Resoluciones 608/2013, 502/2014, 542/2014)".

Sexto. Por tanto, la cuestión pasa por determinar si existe, para el contrato de servicios que se trata de adjudicar, un Convenio Colectivo que sea aplicable y del que se desprenda la apariencia de que pueda existir la obligación de subrogación en las relaciones laborales preexistentes para el adjudicatario.

En este sentido, afirman los recurrentes que el Convenio Colectivo a aplicar sería el previsto en la cláusula 2.3 del PCAP denominado "*Convenio Colectivo para la Industria, los Servicios y las Tecnologías del Sector Metal de la Provincia de Alicante años 2013-2014*", publicado en el Boletín Oficial de Alicante nº 119 de 25 de junio de 2014. Esta circunstancia no es discutida por el órgano de contratación, ya que el apartado 2.3 de la Disposición "*Normas Reguladoras*" del PCAP afirma que será de aplicación dicho Convenio.

Dado que la subrogación sólo puede venir dada por las previsiones del Convenio colectivo aplicable, debe procederse al estudio del texto del mismo para conocer si contiene dicha exigencia. Del texto del Convenio no se desprende la obligación de subrogación que exigen los pliegos en su redacción actual. Como hemos indicado con anterioridad, no corresponde al órgano de contratación hacer pronunciamiento sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación sino informar a los posible licitadores, en el caso en que dicha obligación esté impuesta por la legislación laboral aplicable. Debe ser estimada la alegación de la asociación recurrente y debe, por tanto, ser eliminada la obligación de subrogación del personal de los pliegos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. M. H. A., en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación para la contratación del “*Servicio de mantenimiento integral con criterios de sostenibilidad y perspectiva de género de la Universidad de Alicante*”.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por Resolución de 11 de abril de 2017 de la Secretaría del Tribunal.

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 de 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 Valenciana, 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.