



Recurso nº 588/2017

Resolución nº 668/2017

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

En Madrid a 21 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.S.R.S., en representación de ELECTRONIC TRAFIC, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato denominado "*Servicio de Mantenimiento Integral en los centros penitenciarios de Valencia y Castellón, C1S de Valencia y UAR del Hospital General Universitario de Valencia y del Hospital General de Castellón*", Expediente nº 020120170041, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 24 de mayo 2017 se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Estado y en el DOUE, y el 29 de mayo en el BOE, como contrato de servicios por procedimiento abierto y valor estimado de 1.916.800,00 euros.

Segundo. En lo que nos interesa, el PCAP señala:

"16.4. REGLAS ESPECIALES RESPECTO DEL PERSONAL LABORAL DE LA EMPRESA CONTRATISTA,

16.4.1, Corresponde exclusivamente a la empresa contratista la selección del personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos (1), formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato, sin perjuicio de la verificación por parte de la "entidad contratante" del cumplimiento de aquéllos requisitos.

La empresa contratista procurará que exista estabilidad en el equipo de trabajo..



16.4.2. La empresa contratista asume la obligación de ejercer de modo real, efectivo y continuo, sobre el personal integrante del equipo encargado de la ejecución del contrato, el poder de dirección inherente a todo empresario. ..

16.4.3. La empresa contratista velará especialmente por que los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato desarrollen su actividad sin extralimitarse ..

16.4.4, La empresa contratista estará obligada a ejecutar el contrato en sus propias

16.4.5. La empresa contratista deberá designar al menos un coordinador técnico o responsable ...”

Asimismo, adjunto al PCAP parece el siguiente oficio:

“EXPEDIENTE: 020120170041

OBJETO: SERVICIO DE MANTENIMIENTO INTEGRAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DE VALENCIA CUMPLIMIENTO, VALENCIA PREVENTIVOS, C.I.S. DE VALENCIA, CASTELLÓN I UAR DEL HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO DE VALENCIA Y UAR DEL HOSPITAL GENERAL DE CASTELLÓN DEPENDIENTES DE LA SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS.

A los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de la obligación de subrogación, se da traslado de la información proporcionada por la empresa adjudicataria del servicio”

(firmado y fechado)

Seguido de un escrito con membrete de una empresa, que señala:

“En contestación a la solicitud de información Expte: 020120170041 y relativo a la presunción de una posible subrogación de personal en el Servicio de Mantenimiento Integral en el Centro Penitenciario de Valencia Cumplimiento, Valencia Preventivos, CIS de Valencia, Castellón I, UAR del Hospital General Universitario de Valencia y UAR del Hospital General de Castellón,



del que esta empresa fue adjudicataria, con fecha de inicio del servicio el 1 de junio de 2014 y prorrogado posteriormente, pasamos a manifestar lo siguiente:

** En esta adjudicación del contrato de mantenimiento, y desde el inicio de la misma, a nuestro personal le ha sido de aplicación el CONVENIO COLECTIVO PARA LA INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA DE LA PROVINCIA DE VALENCIA Y CONVENIO COLECTIVO PARA LA INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA DE LA PROVINCIA DE CASTELLÓN, en función del centro de trabajo.*

** Examinado el articulado de los Convenios Colectivos anteriormente citados, no contemplan ningún artículo que regule la SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS.*

** Sí será de aplicación el artículo 44 La sucesión de empresa del Estatuto de los Trabajadores, cuyo contenido opera como un mínimo inderogable por el Convenio Colectivo Aplicable en este caso.*

** No obstante a lo indicado, existe jurisprudencia, de sentencias de características similares, bajo la aplicación del art. 44 del ET, demostrando con ello, una tendencia judicial proclive a la aplicación de la citada subrogación de personal.*

En consecuencia y basandonos en lo anterior, entendemos que con vista a los nuevos procesos de contratación, se debe tener presente la SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS, como elemento obligatorio para la contratación del servicio.

Por lo que acompañamos las condiciones e información del personal de esta empresa, que actualmente presta el servicio de Mantenimiento Integral en el Centro Penitenciario de Valencia Cumplimiento, Valencia Preventivos, CIS de Valencia, Castellón 1, UAR del Hospital General Universitario de Valencia y UAR del Hospital General de Castellón."

Y sigue relación de personal con categoría, etc.

(Fechado y firmado).

Tercero. El 13 de junio tiene entrada este recurso, formulado específicamente contra el documento adicional al PCAP "denominado Art. 120 Subrogación Personal que da traslado a



los licitadores de un escrito firmado por las mercantiles EOC DE OBRAS Y SERVICIOS,S.A. y ASSIGNIA INDUTRIAL,S.A. en el que se indica la relación de personal adscrito actualmente al contrato considerando que "será de aplicación el artículo 44 la sucesión de empresa del Estatuto de los trabajadores, cuyo contenido opera como un mínimo inderogable por el Convenio Colectivo aplicable en este caso" para concluir que "entendemos que con vistas a los nuevos procesos de contratación, se debe tener presente la SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS, como elemento obligatorio para la contratación del servicio".

La recurrente funda su impugnación en que la subrogación no procede, pues no la prevén ni el Convenio Colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Valencia ni el Convenio Colectivo para industria siderometalúrgica de la provincia de Castellón, ni deriva del art. 44 ET en su interpretación hecha por la Jurisprudencia laboral.

"Consecuentemente, y según lo indicado en los párrafos anteriores, al no operar la subrogación convencional ni legal, estaríamos ante un evidente caso de subrogación contractual, es decir, aquella impuesta no por imperativo legal o convencional, sino solamente por acuerdo entre empresas, o en el caso de licitaciones, por fijar dicha obligación el Pliego...", contradiciendo nuestra propia doctrina. Añade que "ello supone la imposibilidad de realizar una oferta cabal ante la necesidad de contar con el ... consentimiento de los trabajadores, de forma que los costes de personal serían inciertos al menos hasta el momento de la adjudicación... A mayor abundamiento, la imposición de esta obligación pone a los licitadores en una situación de desventaja frente a un competidor directo, el actual prestador del servicio, del que dependerán los costes de ese mantenimiento que ha de serle subcontratado.

Todo ello supone la vulneración de los principios básicos de la contratación administrativa, contenidos en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011," así como el artículo 1.1. Apartado d), de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Y pide en consecuencia que se anule el pliego y toda la licitación subsiguiente, "debiendo convocar una nueva, ya que entendemos que no resulta posible, en este caso, tener la cláusula por no puesta, sin afecta al resto del contenido del Pliego, ya que la nulidad de la misma supone una modificación de las condiciones de la prestación, y en consecuencia, afectado a los costes reales del contrato tenidos en cuenta a la hora de elaborar las ofertas presentadas."



-El órgano de contratación, en su informe, destaca esencialmente la necesidad de desestimar el recurso por las razones siguientes

“- En primer lugar, por la interpretación del artículo 120 del TRLCSP, en el sentido de procurar a los licitadores la información necesaria sobre los costes laborales que les permita evaluar los costes laborales de cara a la presentación de la oferta, en caso de existir obligación de subrogación, pero teniendo en cuenta que los pliegos y sus documentos adicionales no implican una aplicación del derecho laboral, que queda al margen del procedimiento administrativo. De ahí, la importancia del escrito publicado, en el que la Subdirección General de Servicios subraya que no prejuzga la existencia y alcance de la subrogación.

- En segundo lugar, por la interpretación literal de la información facilitada por la empresa adjudicataria no se deduce la obligación de subrogar a sus trabajadores, pues expone claramente que en el Convenio Colectivo aplicable no se contempla ningún artículo que lo regule. Siendo cierto que, a continuación realiza una reflexión sobre la posibilidad de que dicha subrogación pueda ser admitida por aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como un deseo de que dicha subrogación sea considerada como elemento obligatorio para la contratación con vistas a los nuevos procesos.

- Por último indicar que, de los pliegos que rigen la contratación del servicio, no se deduce en ningún momento la exigencia de subrogación de los trabajadores.”

Cuarto. El 6 de julio se adoptó Resolución por la cual se denegó la solicitud de medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, conforme a los artículos 43 y 46 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso constituye un recurso especial en materia de contratación, por tratarse de un recurso interpuesto contra un acto dictado en un procedimiento de contratación sujeto a regulación armonizada, conforme al art. 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



Segundo. La recurrente está legitimada para recurrir, como potencial licitadora, ya que 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.

Tercero. Se trata de un acto recurrible conforme al art. 40.2 a) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

Quinto. En cuanto al fondo, debemos comenzar por recordar nuestra doctrina sobre la materia.

Así, y respecto de la subrogación, es cierto, como dice el recurrente, 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.

Pero hemos añadido que el órgano de contratación sí debe, 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); así, p ej, Resolución número 320/2015

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 –de información– 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 . P ej, en la Resolución 88/2015 decíamos: *“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. “*

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...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)".

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, y como resulta del Antecedente segundo, el órgano de contratación ha actuado en todo conforme a Derecho: Es incierto que establezca en el PCAP una obligación contractual de subrogación, pues , en primer lugar, en su texto no se hace alusión alguna a la misma ; por el contrario, señala expresamente su clausulado que *"Corresponde exclusivamente a la empresa contratista la selección del personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos , formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato..."*. Y, en segundo lugar, en la documentación adicional al efecto (consistente en oficio del órgano de contratación y escrito de la prestadora actual del servicio) , dicho órgano de contratación ha dado estricto cumplimiento al art. 120 TRLCSP, pues se ha limitado a requerir información a la actual prestadora del servicio y a- con la mayor transparencia- hacerla pública: Es más, el órgano de contratación, en tal documentación adicional al pliego, incluso deja explícito (al señalar que se procede *"sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de la obligación de subrogación"*) que la opinión expresada por la empresa prestadora del servicio no implica que exista o no exista la obligación de subrogación ni su eventual alcance; por lo que mal puede entenderse que tal subrogación se ha configurado como una obligación contractual.

En cuanto a que haya siquiera la "apariencia" de que "pueda" existir la obligación de subrogación - apariencia que es presupuesto de la obligación de información del art. 120 TRLCSP- , lo cierto es que dicha mera "apariencia de una posibilidad" no puede negarse a la vista de la opinión exteriorizada por la empresa prestadora ante el requerimiento de información del órgano de contratación. Y no procede que ni el órgano de contratación ni este Tribunal cuestionen tal apariencia (insistimos, como mero presupuesto de la obligación de información) , pues (de acuerdo con nuestra doctrina, y como reconoce el recurrente) no corresponde ni a uno ni a otro hacer pronunciamientos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación.



Por tanto, la información adicional incorporada al pliego, con el objeto y alcance del art. 120 TRLCSP (objeto y alcance inequívocos), es plenamente conforme a Derecho.

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.S.R.S., en representación de ELECTRONIC TRAFIC, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato denominado *"Servicio de Mantenimiento Integral en los centros penitenciarios de Valencia y Castellón, C1S de Valencia y UAR del Hospital General Universitario de Valencia y del Hospital General de Castellón"*, Expediente nº 020120170041.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.