



Recurso nº 293/2018 C.A. Castilla-La Mancha 17/2018

Resolución nº 399/2018

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

En Madrid, a 23 de abril de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. G. M. en representación de EULEN SA, contra los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen la contratación mediante procedimiento abierto del “*Servicio de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento de Miguelturra*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 5 de marzo de 2018 consta anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público del contrato de servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces. Procedimiento abierto y tramitación ordinaria. Entidad adjudicataria el Ayuntamiento de Miguelturra.

Segundo. El punto 27 del pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la adjudicación del contrato de servicio de limpieza de dependencias municipales dependientes del Ayuntamiento de Miguelturra establece en materia de subrogación de los trabajadores la obligación de subrogación de los trabajadores establecidos en el Anexo I al siguiente pliego con las condiciones que se indican. Dicho Anexo I se contiene en la página 19 del pliego, y presenta un listado de 29 trabajadores.

Tercero. Con fecha de 22 de marzo de 2018 consta la interposición de recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos del indicado contrato formulando, en síntesis los siguientes motivos:



1. La recurrente, en primer lugar, denuncia infracción del artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (en adelante TRLCSP), por entender que la obligación de subrogación no constituye ámbito de decisión del órgano de contratación, sino que deriva de lo que disponga la normativa de carácter laboral, debiendo los pliegos suministrar la información que resulte necesaria a los licitadores al objeto de que éstos formulen sus ofertas con conocimiento de las relaciones y condiciones en las que se han de subrogar. Añadiendo que los órganos de contratación no son competentes para dilucidar cuestiones de carácter laboral derivadas de la subrogación, y que a su juicio es improcedente la exclusión del listado facilitado por la empresa de una trabajadora con la categoría de encargada, antigüedad de 18 de abril de 2006, jornada laboral de 35 horas semanales, coste salarial según convenio, pluses mensuales 623,04 euros, base de cotización 23.177,91 euros.
2. En consecuencia, solicita la declaración de nulidad del listado de subrogación que figura en el Anexo I de los pliegos de continua referencia, así como la declaración de la obligación del órgano de contratación de incluir a la persona excluida en dicho listado con los datos facilitados por la empresa, y modificación de los pliegos en lo que sea necesario.

Cuarto. Con fecha de 28 de marzo de 2018 se ha emitido informe por el órgano de contratación formulando su oposición al recurso presentado con base, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1. El Ayuntamiento cuyos pliegos constituyen el objeto de este recurso considera que la trabajadora que ha sido excluida del listado de personal a subrogar aportado por la empresa no puede considerarse personal adscrito al servicio de limpieza de dicho Ayuntamiento.
2. En primer lugar, no puede serlo porque no formaba parte de la plantilla de trabajadores incorporada en el anterior contrato. Y en segundo lugar, porque no tenía asignadas funciones propias del servicio de limpieza.
3. En tercer lugar, siendo cierto que el pliego de prescripciones técnicas del anterior contrato de servicios de limpieza del año 2015 establecía la obligación de designar a



un encargado/a como “interlocutor con la Corporación Municipal”, no se exigía que la persona designada fuera distinta a los trabajadores/as de limpieza que ya formaban parte de la plantilla.

4. Se trataría, dadas las características de este contrato que afecta a más de 25 trabajadores y a muchos centros de trabajo, de una obligación contractual esencial para el correcto funcionamiento del contrato, que también está prevista en el pliego de prescripciones técnicas de esta licitación, cuya forma de articulación correspondería a la empresa adjudicataria dentro de su ámbito de decisión y organización, sin generar obligaciones de subrogación adicionales.

Quinto. Consta Resolución de la Secretaria del Tribunal de 2 de abril de 2018, actuando por delegación del mismo, acordando la suspensión solicitada de este procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que 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 y 4 del TRLCSP y en el convenio de colaboración suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, aprobado por Resolución de 22 de octubre de 2012, de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, publicada en BOE de fecha de 24 de octubre de 2012.

Segundo. Consta anuncio de la interposición del recurso especial en materia de contratación por la recurrente contra los pliegos controvertidos con fecha de 20 de marzo de 2018.

Tercero. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para recurrir el acto impugnado dada su condición de adjudicataria del anterior contrato.



La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 44.2 a) del TRLCSP.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios, habiéndose seguido un procedimiento abierto, de tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, por lo que, al amparo de lo previsto en el artículo 40.1.a), en relación con el 40.2.a) del TRLCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Entrando en el fondo de este recurso la cuestión controvertida se centra en determinar si, con base en el artículo 120 TRLCSP, el órgano de contratación puede, a la vista del listado de personal a subrogar facilitado por la actual empresa adjudicataria y prestataria del servicio, eliminar a una de las personas incluidas en la lista por entender que dicha persona no debe formar parte del personal a subrogar por no ser necesaria para la realización de la prestación objeto del contrato. En este caso se trataría de una persona que no figuraba en la plantilla del anterior contrato y que fue introducida por la actual adjudicataria por una interpretación equivocada, según el órgano de contratación, de la exigencia del PPT de designar una persona con el carácter de “*interlocutor con la Corporación municipal*”, lo que en absoluto implicaba, según de nuevo el órgano de contratación, la incorporación de un nuevo trabajador a la plantilla, sino el ejercicio de esa función por cualquiera de los trabajadores de la adjudicataria.

El tenor literal del citado artículo 120 del TRLCSP es el siguiente: “*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*”.



De dicho artículo se desprende que, el legislador ha impuesto al órgano de contratación la obligación de recabar de la empresa que viniese prestando el servicio la información ut supra indicada, y al empresario que, en efecto, viniese prestando el servicio la obligación de atender dicho requerimiento. Debiendo añadirse que, a día de hoy, resulta pacífico en nuestra doctrina que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos de cláusulas administrativas al afectar a terceros ajenos al vínculo contractual, por lo que la existencia o inexistencia de dicha obligación de subrogar debe determinarse con base en la normativa laboral aplicable, que en el supuesto objeto de este recurso no ha sido controvertido por las partes que sería el Convenio Colectivo para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Ciudad Real. En este sentido es posible traer a colación, por todas, la Resolución de este Tribunal número 879/2014, de fecha de 28 de noviembre 2014, en cuya virtud: *“Siendo esto así y comenzando por la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, esto es, en relación con la obligación de informar en los pliegos sobre el personal a subrogar, debe señalarse, en primer lugar, que es doctrina de este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien a su vez deberá a su vez recabarla de los actuales adjudicatarios. Así se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar al respecto la nº 321/2014: “La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución, interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: “la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status del trabajador”, de cuyo cumplimiento o*



incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. "Pero, pese a ello, se decía que "aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación", dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP. Por ello, entendemos que, en supuestos como el que nos ocupa, en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP-y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación; y a hacer constar tal información en el propio pliego o en la documentación complementaria; siendo aconsejable que se haga igualmente constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación".

En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, cabe acudir a la resolución 471/2013, que señaló: "El Tribunal debe resolver la cuestión planteada a la luz de la interpretación lógica de lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP. A tal fin, señalemos que el artículo 120 dispone la obligación de hacer constar en la documentación contractual (pliegos o documentación complementaria) la información precisa para "permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida". Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar en cualquiera de los documentos mencionados la relación de los trabajadores con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos" De lo anterior se deduce lo siguiente:

1. La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que cuando la



información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues en tal caso dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta a la hora de elaborar su oferta. Es por tanto el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación.

2. En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa al tipo de contrato, antigüedad y salario, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todos los licitadores.

Trasladando lo anterior al caso presente, cabe señalar en primer lugar que, a juicio de este Tribunal, si bien la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual solo puede ser responsabilidad de éste, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo, requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso aplicar las consecuencias previstas en el pliego para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente, y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores si la información no es completa”.

A mayor abundamiento, y en la misma línea, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, número 362/2017, de fecha de 29 de noviembre de 2017, confirma que: *“El deber de información del órgano de contratación conforme al artículo 120 del TRLCSP tiene por finalidad permitir a los licitadores evaluar los costes de la subrogación, pero no prejuzga el alcance definitivo de la misma que, en última instancia, correspondería determinar a la jurisdicción social. La amplitud de dicha información debe incluir los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación y los datos esenciales de su relación laboral que permitan conocer sus costes como categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, del vencimiento del contrato, salario bruto*



anual y otros, tal como ha recogido la doctrina de los tribunales de recursos contractuales y ahora recogida en el artículo 130 de la Ley 9/2017”.

De modo que, en relación con el alcance de la obligación del órgano de contratación de recabar y suministrar información veraz relativa a los costes laborales del personal subrogable, la Administración contratante puede llegar, si considera que la información facilitada es errónea o insuficiente, a requerir al adjudicatario y prestatario del servicio su corrección o complementación. Asimismo, en el supuesto extremo de no ser atendidos tales requerimientos podrá llegar a imponer las consecuencias previstas en el pliego. En este sentido, la parquedad del ut supra transcrito artículo 120 del TRLCSP puede complementarse con la redacción del vigente artículo 130.4 de la LCSP: *“El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo”.*

Ahora bien, la obligación que recae sobre el órgano de contratación se limita a suministrar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que pueda afectar la subrogación, y, en concreto, de aquéllos que efectivamente integran la plantilla de los trabajadores que realizan directamente la prestación propia del contrato celebrado, esto es, las labores de limpieza de los edificios municipales del Ayuntamiento de Miguelturra, como así resulta de la Prescripción Técnica II del PPT, referida a “Personal”, en el que no se incluye la persona que la empresa debía designar para actuar como *“interlocutor con la Corporación Municipal”*, sin prejuzgar el alcance definitivo de la misma, que vendrá determinado, como ya hemos indicado, por normas de derecho laboral y corresponderá determinar a la jurisdicción social. Esto no obstante, la Administración puede y debe entrar a valorar la veracidad de la documentación suministrada, requiriendo en su caso al actual adjudicatario que la haya facilitado a su corrección. Pero además, constituye una facultad incuestionable del órgano de contratación la de fijar el contenido del contrato y definir su objeto de acuerdo con las necesidades reales que traten de cumplirse con la licitación y, dentro de esta potestad, la de fijar asimismo el número y características de los trabajadores que estime necesarios para el cumplimiento del contrato, sin tener que estar obligado a aceptar como tales a los que el último adjudicatario haya incorporado a la plantilla, pues ello



significaría eliminar la potestad configuradora del contrato por el órgano de contratación y obligarle a asumir costes y obligaciones que puede considerar sobrantes o innecesarios.

Por ello se debe entender que, a la hora de facilitar a los futuros licitadores el listado de trabajadores de la anterior contrata proporcionado por el órgano de contratación, deba informar también a éstos de los trabajadores necesarios para la prestación del servicio, pudiendo para ello eliminar de dicha relación los trabajadores que considere sobrantes, sin perjuicio todo ello de que, con arreglo a la legislación laboral se produzca o no la subrogación de los trabajadores afectados, cuestión de naturaleza laboral que no debe impedir la delimitación del contrato de acuerdo con las necesidades del órgano de contratación, lo que debe determinar la desestimación del recurso interpuesto.

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. J. G. M. en representación de EULEN SA, contra los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen la contratación mediante procedimiento abierto del *“Servicio de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento de Miguelturra”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada automáticamente al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 TRLCSP, según lo establecido en el artículo 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 Castilla-La Mancha, 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.