



Recurso nº 1270/2020 C.A de Cantabria 41/2020

Resolución nº 1389/2020

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

En Madrid, a 23 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. S. G., en representación de CENTRO DE JARDINERIA LA ENCINA S. L, contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Suances para contratar el *“servicio de mantenimiento de zonas verdes públicas en el municipio de Suances, expediente 2020/1235”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 26 de octubre de 2020 se insertó anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la licitación del servicio de mantenimiento de zonas verdes públicas en el municipio de Suances, convocado por del Ayuntamiento de Suances, con un valor estimado de 595.401,32 euros, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria.

Segundo. La entidad recurrente presentó escrito de alegaciones en relación con el citado Pliego a fecha de 5 de noviembre de 2020 poniendo de manifiesto el error en los mismos al informar, al socaire del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en materia de personal a subrogar que se encontraba en situación de baja.

Por razón de tales alegaciones el Órgano de Contratación modificó los Pliegos a fecha de 11 de noviembre de 2020.



Tercero. El día 20 de noviembre de 2020 tiene entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del citado contrato.

La entidad recurrente impugna los pliegos denunciando, en esencia, que el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares vulnera el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, en materia de suministro de información sobre los trabajadores que deben de ser subrogados.

En concreto alega que la Cláusula Trigésimo Primera, relativa a la subrogación de personal del contrato resultante de la modificación del Pliego operada el 11 de noviembre de 2020 incurre en error al señalar que los trabajadores adscritos al servicio de jardinería son 4.

El recurso concluye solicitando que se declare *“la nulidad de la resolución impugnada y reconociendo el derecho de quien suscribe con el fin de entender que dicha cláusula se debe de establecer en los siguientes términos “De acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo para las empresas del sector los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará, en todos los derechos y obligaciones cualquiera que sea la forma que adopte el empleador.*

El personal que está adscrito a los servicios jardinería del Ayuntamiento de Suances son 5 personas. Los datos aportados por la empresa son los que se indican a continuación (...).”

Igualmente solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

Cuarto. No obstante, a fecha de 26 de noviembre de 2020, el Órgano de Contratación ha acordado de oficio la suspensión del procedimiento de licitación, ante la pendencia del presente recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El Órgano de Contratación ha remitido el expediente de contratación y ha emitido informe en el que se alega que los pliegos del procedimiento de contratación tramitado se ajustan a la legalidad vigente.



Sexto. A fecha de 30 de noviembre de 2020 se ha dado traslado del recurso a los interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes, no habiéndose presentado alegaciones.

Séptimo. Mediante Resolución de 16 de diciembre de 2020 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Octavo. En la tramitación de este recurso se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de los recursos y reclamaciones en materia contractual corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con el artículo 46 de la LCSP con el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Se recurren los pliegos de contrato de servicios que se encuentra regido por las disposiciones de la LCSP.

Tercero. Antes de entrar en el fondo del asunto, y como cuestión de orden público, ha de sopesarse la legitimación de la recurrente para impugnar los pliegos.



En virtud del artículo 48 LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Del expediente remitido se desprende que la entidad recurrente tiene la condición de licitadora saliente del contrato de mantenimiento de zonas verdes públicas en el municipio de Suances, precedente en el tiempo al contrato objeto de la licitación que nos ocupa.

Ni del recurso presentado ni del certificado de licitadores puede colegirse que la recurrente haya presentado proposición en la presente licitación, motivo por el cual debe cuestionarse su legitimación para recurrir los pliegos de la misma, de conformidad con la doctrina de este Tribunal sobre la legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación.

A modo ilustrativo, en nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre, declaramos que:

“este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento en, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: “Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial”. Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos.(...)”.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa la recurrente no expone en qué medida ostenta un interés legítimo en los Pliegos, los cuales informan correctamente sobre el personal a subrogar, limitando la actora la controversia al número de personal adscrito al contrato que se licita, cuestión distinta del personal sujeto a subrogación.

La recurrente tampoco aduce que la cláusula que impugnada le haya impedido participar en la licitación cuyos pliegos cuestiona.



Consecuentemente procede denegarle la legitimación para recurrir los pliegos que impugna, lo que conlleva la inadmisión del presente recurso.

Cuarto. Descendiendo *obiter dictum* al fondo del asunto que se plantea, la recurrente limita su impugnación de los pliegos a la cláusula 31 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP en lo sucesivo), considerando que incurre en error en la determinación del personal adscrito al contrato, que resulta contrario al artículo 130 de la LCSP.

El precepto que fundamenta la impugnación que nos ocupa declara:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.



Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

4. 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.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos."

La cláusula 31 del PCAP impugnada reza, tras la modificación operada por Decreto de la Alcaldía, como sigue:



“De acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo para las empresas del sector los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará, en todos los derechos y obligaciones cualquiera que sea la forma que adopte el empleador.

El personal que está adscrito a los servicios jardinería del Ayuntamiento de Suances son 4 personas. Los datos aportados por la empresa son los que se indican a continuación (...)

En su versión anterior a la modificación indicaba que *“El personal que actualmente está adscrito a los servicios jardinería del Ayuntamiento de Suances, es el que se indica a continuación (...)”* pasando a enumerar a 5 personas.

Conviene ya reseñar que la recurrente no se muestra disconforme con la información contenida en la cláusula 31 del PCAP en materia de las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que facilita el Órgano de Contratación a partir de la información suministrada por la actora.

La actora viene a denunciar que, tras la modificación operada a los Pliegos, a su instancia, por el Decreto de 11 de noviembre de 2020, no solo se corrigen los errores evidenciados en su escrito de alegaciones sobre los datos de los trabajadores a subrogar, sino que se limita a 4 el número de trabajadores adscritos al contrato, lo cual considera contrario, en abstracto, al artículo 130 LCSP así como al principio de congruencia.

Comenzando por el invocado principio de congruencia, este Tribunal no resulta competente para resolver la congruencia o no de la modificación operada al pliego con la petición de la recurrente, sino para determinar la legalidad *per se* del mismo, en la versión resultante de la modificación del mismo, amparada en el artículo 122 LCSP.

El Órgano de Contratación expone a través de su informe que *“Manifestar al respecto de las cuestiones del personal, que se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) entre otras en Resolución 156/2019, de 22 de febrero, que señala que la entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que licite, y en concreto que no está obligada a mantener el mismo personal. Por tanto, para la elaboración del presupuesto base de*



licitación se ha tenido en cuenta que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato (mantenimiento de zonas verdes públicas) son 4, por lo que las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los Pliegos.”

Bajo la premisa de lo sentado en la citada Resolución, nos encontramos en una situación en la que ha acaecido una modificación de los pliegos tras su publicación, atinente al número de personas adscritas al contrato: la cláusula 31 del PCAP ha sido modificada en el sentido de declarar explícitamente que se adscriben 4 personas al contrato, cuando originariamente podía colegirse que están adscritas 5 personas, estando una en situación de baja.

Como se expusimos en la Resolución 156/2019, de 22 de febrero, invocada por el Órgano de Contratación, lo cierto es que dejando de un lado la inadecuación técnica de adscribir a personas al contrato en sede de la cláusula de subrogación (en lugar de a través de los pliegos de prescripciones técnicas, documento idóneo para desarrollar los medios humanos requeridos para la ejecución del contrato), lo cierto es que la recurrente carece de razón cuando alega, y en ello reside el fundamento de su impugnación, que los medios humanos adscritos al contrato han de resultar coincidentes con los trabajadores respecto de los cuales existe la obligación de subrogación.

Consecuentemente, de no concurrir una causa de inadmisión del recurso, éste hubiera sido desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J. S. G., en representación de CENTRO DE JARDINERIA LA ENCINA S. L, contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Suances para contratar el “servicio de mantenimiento de zonas verdes



públicas en el municipio de Suances, expediente 2020/1235".

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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 Autónoma de Cantabria 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.