



Recurso nº 520/2014 C.A. Principado de Asturias 042/2014

Resolución nº 542/2014

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

En Madrid, a 11 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D^a M.A.P.A., en calidad de Presidenta de la Asociación CAVASYM, contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para la contratación del “*Servicio de puntos de encuentro familiar en las localidades de Oviedo, Avilés, Gijón, Navia y Arriondas dependientes de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda*” (Expte. SBS/14/15-017), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias (en adelante, la Consejería o el órgano de contratación) convocó licitación para contratar, mediante procedimiento abierto, el servicio de *puntos de encuentro familiar* en las localidades de Oviedo, Avilés, Gijón, Navia y Arriondas. El anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias (BOPA) y en el perfil de contratante el 16 de junio de 2014. El valor estimado del contrato, para los cinco lotes en que se divide, se cifra en 2.269.224 euros. A la finalización del plazo (el 1 de julio), habían presentado oferta siete licitadores, entre ellos la asociación recurrente (lotes 2, 3 y 4).

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato es de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y tiene dos años de duración con posibles prórrogas hasta por otros dos más.

Tercero. El 2 de julio de 2014, tiene entrada en el registro del órgano de contratación el escrito de la Asociación CAVASYM, anunciado previamente, de interposición de recurso especial por el que solicita la anulación del PCAP. Expone que gestiona desde hace años el servicio de puntos de encuentro familiar en Gijón, en Avilés y en Navia y que, desde 2010 en que finalizaron los convenios suscritos, *“ha venido facturando sus servicios...mensualmente, y la Administración del Principado,... abonándolos desde entonces, lo cual es prueba más que suficiente de la relación contractual existente”*. Con la licitación se puede producir un cambio de titularidad que obliga a la subrogación del personal que actualmente presta servicio, cuya continuidad laboral queda recogida en el Convenio colectivo de aplicación. Considera que el PCAP debe ser anulado porque no se contempla la obligatoriedad de subrogación del personal, ni en los pliegos se facilita la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Por otra parte considera que, de acuerdo con el *Decreto 93/2005 de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias*, estos puntos de encuentro no pueden ser gestionados por empresas, por lo que los pliegos han de contemplar *“la obligatoriedad de que los licitadores deben ser entidades sin ánimo de lucro.”*

Alega también que *“no se respeta el perfil del personal ni las características de formación y especificación que establece la regulación autonómica en el artículo 23 del Decreto 93/2005...”* y que *“tampoco recoge ni regulan los pliegos la proporcionalidad de recursos materiales y personales de los puntos de encuentro en relación al número de asuntos judiciales familiares de cada ciudad o al porcentaje de población al que va dirigido...”*

Cuarto. El 4 de julio de 2014 se recibió el expediente administrativo, completado el día 7 con el correspondiente informe del órgano de contratación. Solicita éste la desestimación del recurso en cuanto que *“la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos”*. Además, al no haber un contrato previo, *“el precio del contrato en licitación se ha calculado teniendo en cuenta el precio de mercado, a tanto alzado,... resultando una cuantía que supera el coste que hasta ahora se venía abonando, por lo que no resulta posible ni obligada la información”* sobre el personal a subrogar a que se refiere el artículo 120 del TRLCSP. Por lo demás, *“la entidad*

recurrente ya dispone de esa documentación, puesto que es justamente quien viene efectuando la prestación”.

En cuanto a la pretensión de que sólo puedan acceder a la licitación entidades sin ánimo de lucro, considera la Consejería que la recurrente confunde el ámbito de aplicación del Decreto 93/2005 con la limitación de la concurrencia a la contratación del servicio y que establecer en los pliegos la limitación pretendida resultaría contrario a los principios de la contratación pública.

Estas dos cuestiones (subrogación y limitación a entidades sin ánimo de lucro) son análogas a las planteadas por la Fundación EDADE en otro recurso (nº 496/2014) relativo al lote de Oviedo.

Por último, considera que se respeta fielmente lo establecido en la normativa autonómica sobre el perfil profesional y que el número de personas exigido es distinto, según las localidades (en Oviedo, Gijón y Avilés el número de educadores es de tres y en el caso de Navia y Arriondas de dos).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurren los pliegos de un contrato de servicios de valor estimado superior a 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de colaboración suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

Segundo. En lo que se refiere a la legitimación para recurrir, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. En el presente caso, la recurrente es una asociación sin ánimo de lucro que actualmente

viene prestando el servicio objeto de licitación, por lo que debe entenderse legitimada para plantear su pretensión de reforma de los pliegos.

Tercero. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo, establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. .

Cuarto. Las cuestiones que se plantean en relación con la subrogación de los trabajadores que prestan el servicio actualmente son, por una parte, si en el pliego hay que contemplar la subrogación obligatoria cuando está prevista en el convenio colectivo del sector y, por otra parte, si en tal caso hay obligación de facilitar la información relativa al personal a subrogar. Las consideraciones que siguen sobre estas cuestiones son análogas a las recogidas en la Resolución de este Tribunal correspondiente al recurso 496/2014.

Como indicamos en la Resolución 075/2013, de 14 de febrero, con cita de otras de este Tribunal, 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.

Respecto a la segunda cuestión, 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. A estos efectos el artículo 120 del TRLCSP, que establece la información a facilitar dispone que:

“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 acuerdo con esta disposición, la Administración contratante debe facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. Y para ello, la empresa que viniera prestando el servicio, está obligada a su vez a facilitar esa información al órgano de contratación. Dicha información, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, es necesaria para 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,...”*.

Por su parte, el vigente *Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores*, establece en su artículo 35, relativo a la subrogación del personal que:

“Al objeto de garantizar y contribuir al principio de la estabilidad en el empleo del personal que, incluido en el ámbito de este convenio, viene afectado por la dinámica de sustitución del adjudicatario, se pactan las siguientes normas:

1. El cambio de titularidad en un concurso, subvención, concierto o contrata, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales de aquellos trabajadores y socios cooperativistas que tuvieran una antigüedad en el servicio de un mínimo de cuatro meses anteriores a la fecha de la adjudicación, respetándoles la modalidad de contrato, grupo profesional, jornada, horario, antigüedad e importe total de salarios, tanto los de este convenio como los extra-convenio, que cada uno de ellos tuviera reconocidos en el momento de finiquitar su relación laboral con el concesionario saliente...

Ya hemos señalado también en otras Resoluciones (como referencia en la Resolución 608/2013, de 4 de diciembre) que, en supuestos 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 estaría obligado a hacer constar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte esa posible subrogación.

En este caso se habría incumplido con la anterior obligación en tanto en cuanto, al no incluir el anexo con la relación de personal a subrogar, no se ha proporcionado a los posibles licitadores información que les posibilite calcular los costes de la posible subrogación del personal. En contra de lo que alega el órgano de contratación en su informe, el hecho de que el presupuesto de licitación sea superior al coste que hasta ahora se venía pagando, no impide ni dispensa de facilitar esa información.

Ahora bien, como en el caso de la Resolución 075/2013 ya citada, la fundación recurrente ya dispone de esa información, puesto que es justamente quien viene *efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar* y quien tiene *la condición de empleadora de los trabajadores afectados*. Aunque se estimara el recurso en este punto nunca le podría reportar un beneficio cierto al licitador recurrente, pues ya dispone de la información cuya incorporación a los pliegos reclama.

Salvo la Fundación EDADE, que en el citado recurso 496/2014 mantiene planteamientos análogos a los de la asociación recurrente, ninguno de los restantes licitadores que presentaron oferta, formuló alegaciones a dicho recurso ni para adherirse al mismo, ni para rechazarlo. Hemos de entender, por ello, que la falta de información alegada por las recurrentes no les ha parecido obstáculo relevante para presentar su oferta.

En consecuencia, no procede admitir las alegaciones de la Asociación CAVASYM relativas a la subrogación del personal.

Quinto. Respecto a la solicitud de que en los pliegos se contemple la obligatoriedad de que los licitadores deban ser entidades sin ánimo de lucro, carece de fundamento alguno, como también señalamos en la Resolución correspondiente al recurso 496/2014. Con

independencia de la interpretación que se dé a lo dispuesto sobre el ámbito de aplicación del Decreto 93/2005, lo cierto es que en la contratación del sector público no se puede reservar la participación en la licitación a las entidades sin ánimo de lucro. Tal reserva no está prevista en el TRLCSP y, sin ese amparo, limitar el acceso en los pliegos resultaría contrario a los principios a que debe ajustarse la contratación pública, recogidos en el artículo 1 de dicha norma: “*libertad de acceso a las licitaciones,... no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y... la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”.

Sexto. En cuanto al perfil profesional exigido en los pliegos, la asociación recurrente no ofrece indicación alguna sobre el incumplimiento que alega de la normativa autonómica (artículo 23 del Decreto 93/2005), máxime cuando la cláusula 6 del Pliego de prescripciones técnicas, relativa a los “*Medios personales*”, establece que los Puntos de Encuentro Familiar tendrán la estructura organizativa de acuerdo con lo que establecen los artículos 21 y siguientes del Decreto citado.

Por lo demás, corresponde al órgano de contratación apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato (artículo 22 del TRLCSP) y determinar en consonancia tanto las características profesionales como las especificaciones mínimas relativas al dimensionamiento de los equipos. En el expediente consta que el precio de cada lote se ha determinado a tanto alzado tomando como base los costes salariales del personal que se debe adscribir al contrato (98% del coste total estimado). Como hemos señalado en otras resoluciones, es el órgano de contratación quien debe ordenar también la dedicación de los recursos de que dispone y definir los servicios que contrata para el cumplimiento de sus fines y, en función de esa definición, “*los eventuales interesados deben adoptar la decisión de presentar sus ofertas a las licitaciones si les conviene*”. (Resolución 156/2013, de 18 de abril).

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^a M.A.P.A., en calidad de Presidenta de la Asociación CAVASYM, contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para la contratación del “*Servicio de puntos de encuentro familiar en las localidades de Oviedo, Avilés, Gijón, Navia y Arriondas dependientes de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda*”.

Segundo. Declarar que no se aprecia 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 del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de 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.