



Recurso nº 528/2014 C.A. Galicia 068/2014

Resolución nº 577/2014

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

En Madrid, a de 24 julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por el COMITÉ DE EMPRESA FOMENTOS S.S. UTE, firmado por los miembros del mismo en calidad de trabajadoras de la empresa actualmente adjudicataria del contrato de servicio, y representados por D. A.B.A.G. y D. M.M.D.L.I., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas y el Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por el Ayuntamiento de Ourense por el que ha de regir la licitación del contrato de Servicio ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Ourense, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El día 16 de mayo de 2014 el Ayuntamiento de Ourense acuerda la aprobación del expediente (ref. 2293) para contratar, mediante procedimiento abierto con más de un criterio de adjudicación, el servicio de ayuda a domicilio del citado municipio. Por el mismo acto se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT). El contrato tiene un valor estimado de 5.669.680,82 €.

Segundo. El recurso especial se ha interpuesto por el Comité de Empresa de la entidad Fomento SS, UTE contra el Pliego de Cláusulas Administrativas y el Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por el Ayuntamiento de Ourense el día 16 de mayo de 2014.

Tercero. Interpuesto el recurso especial, se ha recibido el expediente adjudicación del órgano de contratación en fecha de 4 de julio de 2014. Asimismo, se ha comunicado por la Secretaría del Tribunal el 11 de julio la interposición del recurso a los posibles

interesados en el expediente, cuatro empresas que han presentado sus correspondientes propuestas ante el órgano de contratación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, pudieran presentar las alegaciones y los documentos que estimasen oportunos. No consta que dichas empresas hayan hecho uso de su derecho.

Cuarto. Del órgano de contratación se ha recibido informe de fecha de 3 de julio de 2014. Se ha requerido al recurrente para que subsane una serie de defectos en la representación del Comité de Empresa, errores que han quedado subsanados por escrito de fecha de 9 de julio de 2014. No se han solicitado ni adoptado medidas provisionales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia el día 7 de noviembre de 2013, publicado en el BOE el día 25 de noviembre del mismo año.

Segundo. Se recurren los pliegos que han de regir el contrato de prestación de servicios del servicio de ayuda a domicilio del citado municipio, con valor estimado de 5.669.680,82 €, incardinado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, con el número de referencia CPV 85310000-5, por lo que queda dentro del ámbito de aplicación del artículo 40.1.b).

Tercero. Según el expediente administrativo consta publicado el anuncio de licitación en el BOP de Ourense de 30 de mayo de 2014, así como en el DO de Galicia de 11 de junio. El escrito de los recurrentes tiene fecha de entrada de 11 de junio de 2014 en el órgano de contratación, por lo que se considera interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles a que se refiere el artículo 44.2 del TRLCSP y la doctrina sentada por el Tribunal en resolución número 543/2013, de 22 de noviembre, conforme a la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, recurso contencioso administrativo 264/2011. No constando que se haya puesto a disposición de los posibles licitadores el contenido del pliego, el día inicial del cómputo del plazo se fija en el de la publicación del anuncio en los diarios oficiales.

También hay que señalar que el escrito de los recurrentes se interpuso directamente, sin trámite previo de anuncio al que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP. Además reviste la forma de escrito de alegaciones más que de recurso administrativo. No obstante, los defectos anteriormente apuntados, en virtud del principio *pro actione*, y dado que, de su contenido se deduce su verdadero carácter, siendo indiferente la calificación dada al escrito por las partes interesadas (artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) procede su tramitación como recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación de los recurrentes, cuya falta ha sido apuntada por el informe remitido por el Órgano de Contratación, aunque afirman también literalmente que *“parece adecuado, en opinión del informante, considerar a Comité de Empresa como legitimado en el procedimiento”*, no cabe duda alguna sobre dicha legitimación, pues han sido constantes las resoluciones dictadas por este Tribunal en las que, en aplicación del artículo 42 del TRLCSP, se ha admitido la legitimación de terceros no licitadores (Resolución 31/2010) cuando la aprobación del pliego impugnado incide directamente en la esfera jurídica de la que son titulares los recurrentes, estando vetada la legitimación para recurrir únicamente a aquellos que formulan el recurso en aras de velar por la legalidad, confundiendo interés por la legalidad con interés legítimo (Resolución 482/2014, de 18 de junio de 2014 y Resolución 18/2013, de 18 de enero).

Así, ya en la Resolución nº 257/2012, resolución de 14 de noviembre de 2012, se admitió la legitimación del Comité de Empresa de los trabajadores por entender que es razonable pensar que la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión de este Tribunal. Así también en Resolución nº 172/2013, de 14 de mayo de 2013.

Tampoco podemos olvidar que, no obstante las dudas que puedan plantearse respecto de la legitimación del Comité de Empresa en cuanto a si ostenta o no personalidad jurídica, este, en cuanto órgano colegiado y de representación de los trabajadores de la empresa (artículo 63.1 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo) está integrado por trabajadores de la misma, y, la legitimación de los trabajadores cuando recurren de forma individual se ha admitido por el Tribunal en varias

resoluciones, pues la relación laboral de aquellos queda indudablemente afectada por la contratación (Resolución 292/2012, de 5 de diciembre de 2012, y Resolución 14/2014, de 17 de enero de 2014) y por extensión por el resultado del recurso que se interponga.

Quinto. Entrando en el fondo del recurso interpuesto por el Comité de Empresa, se observa que alegan lo siguiente:

En primer lugar, aducen que el PCAP hace coincidir la fecha de inicio del nuevo contrato con la de la finalización del anterior, el 27 de diciembre de 2014, sin embargo, no explican en qué modo lo dicho supone una vulneración del ordenamiento jurídico, por lo que cabe adelantar ya su desestimación. En cualquier caso, el artículo 3 del PCAP indica como comienzo del contrato la del 27 de diciembre o bien la fecha del acta de inicio de prestación del servicio, si esta fuera posterior a aquella fecha.

En segundo lugar, se impugna el artículo 7 del PCAP que se remite en cuanto a la forma de pago a la adjudicataria al artículo 16 del PPT, afirmando que al establecerse que la entidad prestadora del servicio presentará dos liquidaciones a mes vencido sin computar como hora efectiva los desplazamiento, se está vulnerando el Convenio Colectivo de ámbito autonómico que resulta de aplicación, en concreto el artículo 37 regla especial a) y el apartado g) 4.

En tercer lugar, se pretende de igual manera la revisión del artículo 5 del PCAP porque esta establece que no hay revisión de precios en el contrato, lo que supone vulnerar el artículo 44 del Convenio Colectivo de aplicación autonómica, que contempla expresamente el incremento anual de retribuciones del personal laboral sujeto a convenio. Se invoca además una vulneración del artículo 15.4 del Convenio Colectivo, así como del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que el cambio de titularidad de una empresa no extinguirá por si mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de la Seguridad Social del anterior. Se cita además diversa jurisprudencia recaída sobre la materia.

Por otro lado, el informe remitido por el órgano de contratación indica que no hay norma vulnerada en la redacción de los pliegos, toda vez que ni el Convenio Colectivo, ni el

Estatuto de los Trabajadores, son aplicables al caso, por lo que procede su desestimación.

Sexto. Son múltiples las resoluciones que se han dictado por este Tribunal en las que se afirma que el órgano de contratación únicamente ha de cumplir con lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP, en el que se dice 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.”*

Se recuerda también que los términos en que debe comprenderse la obligación de subrogación han sido analizados por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y por resoluciones de este Tribunal. Así la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su informe de 31/1999 de 30 de junio expone que “en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión que ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto, determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”, matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficiente ente 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, es un elemento propio de la definición de derechos obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.(...)”

El órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 120 TRLCSP, solo tiene la obligación de 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, correspondiendo a los licitadores, por consiguiente, valorar si concurren o no a la licitación, como ha manifestado este Tribunal en un caso similar en su Resolución 66/2012.

Por otro lado, en el momento de la licitación del contrato, que ahora se examina, no existe un conflicto real causado por el pliego que incida en las relaciones laborales de las recurrentes; su pretensión sobre el respeto al contenido de sus relaciones laborales en la futura subrogación de la empresa adjudicataria, sitúa la impugnación en un ámbito subjetivo (relación entre la nueva empresa adjudicataria y las trabajadoras) y objetivo (cumplimiento de la subrogación empresarial establecida en la norma laboral aplicable) ajenos a la competencia de este Tribunal.

Así lo ha expresado la Abogacía General del Estado en su informe de 29 junio de 2005 en el cual señala, refiriéndose al caso de que la cláusula de subrogación se incluya en los pliegos en ausencia convenio colectivo, que "por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un «contenido netamente laboral» 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

(sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio."

En ese mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal en diversas resoluciones, así citamos por todas las Resoluciones número 257/2012, 271/2012, 292/2012, 75/2013, 608/2013, 14/2014 y recientemente, la Resolución 502/2014, de 1 julio, dictada sobre un caso similar al presente, donde se aducía, entre otros motivos, el incumplimiento de la obligación de subrogación como causa de impugnación de los pliegos que han de regir otro en contrato administrativo de prestación de servicios de igual categoría al que es objeto de este recurso.

Pues bien, a la vista de todo ello debe concluirse que el Ayuntamiento de Ourense, al incluir en el artículo 25, párrafo quinto, del PCAP la obligación de subrogación de la empresa adjudicataria, incorporando como anexo al PPT la relación de personal a subrogar, ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP, y por consiguiente, se han de desestimar la totalidad de los motivos que fundamentan el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por el Comité de Empresa FOMENTOS S.S. UTE, por medio de sus representantes D. A.B.A.G. y D. M.M.D.L.I. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas y el Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por el Ayuntamiento de Ourense por el que ha de regir la licitación del contrato de Servicio

ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Ourense aprobado por acuerdo de 16 de mayo de 2014, y publicado en el BOP de Ourense de fecha de 30 de mayo así como en el DO de Galicia de fecha de 11 de junio de 2014.

Segundo. 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 Galicia, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.