



**Recursos nº 226/2014 y 227/2014 C.A. Valenciana nº 031 y 032/2014**

**Resolución nº 321/2014**

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

En Madrid, a 25 de abril de 2014.

**VISTOS** los recursos presentados por D. J.A.R.M., en representación de VIARSA, AGUAS Y SERVICIOS URBANOS, S.L. y D. G.S.R., en representación de SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. contra los pliegos que deben regir la contratación del “Servicio de mantenimiento de parques y jardines municipales”, convocado por el Ayuntamiento de Castalla (Alicante), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Castalla aprobó en sesión ordinaria celebrada el 27 de enero de 2014, el expediente de contratación y el pliego de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnico-facultativas que han de regir la contratación mediante procedimiento abierto, del servicio de mantenimiento de parques y jardines municipales, cuyo valor estimado asciende a 599.979,34 euros.

**Segundo.** El anuncio de licitación del contrato se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de 21 de febrero de 2014. El anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de condiciones técnico-facultativas se publicaron el perfil del contratante del órgano de contratación en la misma fecha.

**Tercero.** El 26 de febrero de 2014 VIARSA, AGUAS Y SERVICIOS URBANOS, S.L. y SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. presentaron sendos escritos. La primera empresa solicitaba: “1.- Que la fórmula polinómica de revisión genere una  $k_i$  de revisión del orden del previsible crecimiento de la mano de Obra Convenio del Sector conforme a criterios de estadística histórica del mismo; 2.- Que se modifique el plazo para la presentación de ofertas asegurando el cumplimiento de lo previsto al respecto en los artículos 13 y 16 del



TRLCSP, esto es 52 días; 3.- Que se fije el criterio de evaluación de la oferta eliminando la contradicción existente en el texto del Artículo IV. 1º.- 6 puntos y su posterior desglose en el Artículo IV 1º 1. 1.- 55 puntos”.

Por su parte, la segunda de las empresas solicitaba en su escrito que “se prevea en forma ajustada a derecho de la Contratación ahora en licitación, así como en la adjudicación e inicio de actividad del nuevo adjudicatario, la inclusión del mecanismo de subrogación del personal adscrito al Servicio y que se adjunta, todo ello como salvaguarda del cumplimiento del Convenio Colectivo del Sector y en interés de los trabajadores afectados”.

**Cuarto.** El órgano de contratación emitió informe que se ha incorporado al expediente administrativo, dando contestación a las alegaciones formuladas por las empresas.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos interpuestos al otro licitador en fecha 1 de abril de 2014 para que, si lo estimaba oportuno, dispusiera del plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que haya evacuado el trámite conferido.

**Sexto.** En fecha 10 de abril de 2014 el Tribunal, previa audiencia al órgano de contratación, adoptó de oficio la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 226 y 227/2014 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, y dirigirse contra los pliegos de la misma licitación.

**Segundo.** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y del Convenio de Colaboración suscrito el 22 de marzo de 2013, entre el Ministerio de



Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 17 de abril de 2013, por Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

**Tercero.** El recurso ha sido presentado en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

El acto recurrido está relacionado con un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado supera los 207.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Específicamente, se impugnan los pliegos que rigen la licitación, acto susceptible de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

**Cuarto.** Con respecto al cumplimiento del requisito de legitimación en la interposición del presente recurso, no existe duda de que ambos recurrentes lo cumplen. Uno por ser la actual contratista y otro por cuanto su objeto social le permite presentar una oferta en la licitación.

**Quinto.** Entrando en el fondo de la cuestión planteada, comenzaremos por las alegaciones realizadas por VIARSA, AGUAS Y SERVICIOS URBANOS, S.L. La primera cuestión se plantea en relación con la fórmula polinómica establecida en la cláusula II.4 para la revisión de precios, considerando la recurrente que dicha fórmula “no asegura un incremento acompasado de ésta y de la evolución del Convenio Colectivo del Sector”. En su informe, el órgano de contratación considera que no puede estimarse la pretensión porque el artículo 91.1 del TRLCSP establece que *las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato del coste de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. No se incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial.*

En efecto, en el momento de la preparación del contrato no pueden incorporarse fórmulas de revisión de precios que no hayan sido aprobadas por el Consejo de Ministros y,



aunque aprobadas, éstas nunca podrán contener como factor el correspondiente a la mano de obra. Esta prohibición expresa de incorporar el coste de la mano de obra a las fórmulas de revisión de precios, se ve afianzada con la redacción de la Disposición Transitoria Segunda del TRLCSP cuando señala:

*Hasta que se aprueben las nuevas fórmulas de revisión por el Consejo de Ministros adaptadas a lo dispuesto en el artículo 91, seguirán aplicándose las aprobadas por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre; por el Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, por el que se complementa el anterior, y por el Decreto 2341/1975, de 22 de agosto, para contratos de fabricación del Ministerio de Defensa, **con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra.***

En consecuencia, la alegación debe ser desestimada.

**Sexto.** El segundo motivo del recurso hace referencia al plazo de presentación de las ofertas fijado en la Cláusula III.2.1 del Pliego en 15 días naturales, lo que a juicio del recurrente contraviene lo establecido en los artículos 13 a 16 del TRLCSP. El órgano de contratación señala en su informe que los preceptos que se invocan se refieren a contratos sujetos a regulación armonizada y el licitado no lo es, porque se encuadra dentro de la categoría 27 “otros servicios” del Anexo II del TRLCSP.

Respecto a esta cuestión, cabe decir que efectivamente en el Pliego cuestionado el contrato aparece con la referencia CPV 77311000-3 que no se incluye en ninguna de las categorías definidas en el Anexo II del TRLCSP para los contratos de servicios. Por tanto, este contrato quedaría incluido en la categoría 27 “otros servicios” y de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del mismo texto se trataría de un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, en cuyo caso, según el artículo 159.2 del TRLCSP, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días.

Cabe plantearse si este encuadre decidido por el órgano de contratación es correcto. La cuestión ha sido resuelta por el Informe 36/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 7 de mayo de 2013, que en un supuesto semejante señaló que <<hay una actividad relacionada con la jardinería, los “servicios de arquitectura paisajista”, a la que conforme al Reglamento (CE) le corresponde el código CPV71421000-5, código que



el Anexo II de nuestro TRLCSP asigna a la categoría 12. Ahora bien, a la vista de la información que se facilita a esta Junta Consultiva por medio del escrito de consulta, y a los efectos del presente informe, parece razonable asumir que el servicio que se pretende contratar no es un “servicio de arquitectura paisajista”>>. Concluye señalando que el servicio de conservación y mantenimiento de jardines y zonas verdes debe entenderse comprendido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP. Tampoco de la lectura del Pliego de condiciones técnico-facultativas resulta que el contrato tenga por objeto nada relacionado con la arquitectura paisajística.

Por tanto, tampoco el motivo analizado puede prosperar.

**Séptimo.** La última alegación formulada por VIARSA, AGUAS Y SERVICIOS URBANOS, S.L. se refiere a la redacción de la Cláusula IV.1.1º que fija un máximo de 6 puntos, pero luego en el desglose recoge el valor de 55 puntos.

El órgano de contratación reconoce el error en su informe y procedió a rectificar el pliego de cláusulas por acuerdo de la Junta de Gobierno de 3 de marzo de 2014, según certificación de su Secretario, incorporada al expediente administrativo. La corrección fue publicada en perfil del contratante y en el Boletín Oficial de la Provincia, contándose a partir de entonces el plazo para la presentación de ofertas.

**Octavo.** Pasamos a continuación a resolver sobre el recurso formulado por SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. que se fundamenta en el hecho de no haber recogido, ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni en el de Condiciones Técnico-Facultativas, la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal actualmente adscrito al servicio que se licita, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del Convenio Colectivo estatal de jardinería publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de julio de 2013, por Resolución de 4 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo.

En su informe, el órgano de contratación comienza indicando que en ningún caso el Ayuntamiento se subrogaría en los contratos de trabajo cuestionados, por no ser una empresa del sector y, por tanto, no sujeta al Convenio Colectivo y porque el artículo 301.4 del TRLCSP establece que *a la extinción de los contratos de servicios, no podrá*



*producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante. Añade que la regulación del artículo 120 del TRLCSP (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), sería de aplicación sólo en el caso de que se tratara de personal municipal adscrito al servicio y que hubiera de subrogarse en la nueva contrata, pero no es éste el caso.*

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, de 4 de diciembre de 2013, que resolvió el recurso 829/2013. 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.*

*Tras transcribir el tenor literal del artículo 43 del Convenio Colectivo estatal de jardinería, señalaba la resolución que *debemos armonizar la apariencia de que, efectivamente, hay base para entender que puede existir obligación de subrogación -en orden a decidir sobre la aplicación del artículo 120 TRLCSP-, con la doctrina ya citada acerca de que no corresponde al órgano contratante, ni a este Tribunal (ya que no corresponde al Orden contencioso-administrativo, que revisa sus decisiones) hacer pronunciamientos sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación y, por tanto, sobre la interpretación de los Convenios u otras normas laborales que pudieran ser de aplicación.**

*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.*

Hay que tener en cuenta que esta resolución se dictó respecto de un Pliego de Cláusulas Administrativas que sí recogía con carácter general que el contratista quedaba obligado al cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia laboral (y entre ellas, la de subrogar al personal afecto al servicio), aunque, por el órgano de contratación, no se



facilitaba el listado del personal a subrogar ni, por ende, los datos laborales de sus contratos, necesarios al objeto de calcular sus costes. En el supuesto que nos ocupa no sólo falta del detalle del personal, sino que se omite toda referencia a la obligación de subrogar.

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 presentado por D. J.A.R.M., en representación de VIARSA, AGUAS Y SERVICIOS URBANOS, S.L., contra los pliegos que deben regir la contratación del “Servicio de mantenimiento de parques y jardines municipales”, convocado por el Ayuntamiento de Castalla.

**Segundo.** Estimar el recurso presentado por D. G.S.R., en representación de SECOPSA MEDIOAMBIENTE, S.L.U. contra los pliegos que deben regir la contratación del “Servicio de mantenimiento de parques y jardines municipales”, convocado por el Ayuntamiento de Castalla, con el alcance señalado en nuestro último fundamento de Derecho.

**Tercero.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

**Cuarto.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, 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 la Comunidad Valenciana 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.