

Recurso nº 128/2019**Resolución nº 123/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 29 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por EULEN S.A. contra os pregos da licitación para a prestación dos servizos integrais de mantemento, limpeza, reparación e conserxería en diversos centros, convocada polo Concello de Porriño, expediente 239/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Porriño convocouse a licitación do contrato para a prestación dos servizos integrais de mantemento, limpeza, reparación e conserxería en diversos centros, cun valor estimado declarado de 175.892,73 euros.

Segundo.- O día 13.05.2019 EULEN S.A. interpuxo recurso especial en materia de contratación contra os pregos da licitación, a través do formulario telemático existente a tal fin.

Terceiro.- Recibido o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adelante, LCSP), o Concello transmite a inexistencia de licitadores.

Cuarto.- Este Tribunal en sesión de data 21.05.2019 acordou suspender o procedemento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A recorrente está lexitimada para interpoñer o presente recurso aínda que non teña a condición de licitador, pois precisamente as bases da convocatoria provócanlle ao seu entender un prexuízo que pretende remediar coa interposición do recurso e a obtención dunha resolución favorable. Neste sentido, as prestacións do contrato ao que se refire esta impugnación están incluídas no ámbito da súa actividade empresarial. Así se ten pronunciado este TACGal en Resolucións anteriores, por exemplo a 2/2018, 46/2018 ou 52/2019.

Cuarto.- O anuncio e os pregos da licitación foron publicados o día 30.04.2019, polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Impugnándose os pregos dun contrato de servizos cun valor estimado superior aos 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente impugna a obriga recollida no PPT da licitación ao respecto da obriga para o próximo adxudicatario de subrogar ao persoal que está prestando o servizo *“sin que exista norma o convenio colectivo de aplicación que obligue a el-lo”*.

O órgano de contratación no seu informe non se pronuncia sobre a petición de anulación formulada polo recorrente, formulando unicamente unha concisa alegación

sinalando de forma xenérica que considera aplicable o convenio colectivo provincial de limpeza.

A cláusula impugnada é o apartado terceiro do PPT que ao respecto da subrogación do persoal establece o seguinte:

“SUBROGACIÓN DO PERSOAL. A entidade adxudicataria disporá, como mínimo, dun encargado e como mínimo sete traballadores, con nocións básicas de electricidade, fontanería, carpintería,... que estén capacitados para levar as cabo o mantemento e realizar as pequenas reparacións que poidan xurdir no día a día. O adxudicatario obrígase a subrogar en todo caso, o seguinte persoal, unha vez que se produza a adxudicación do servizo:

(CADRO)

O persoal que os licitadores indiquen nas súas propostas considerárase o mínimo e o adxudicatario virá obrigado a aumentalo se fose necesario para a boa prestación do servizo de acordo coa programación que periodicamente comunique o concello; sempre coa previa autorización do concello. Calquera modificación con respecto as condicións do persoal (tanto o subrogado ou o que se pretenda subrogar) deberá ser comunicado ao concello e deberá ser autorizado polo concello.”

Non consta nos pregos da licitación mención a convenio colectivo a aplicar, nin que polo tanto estableza a obriga da subrogación. Máis aínda, o que aparece nesa mesma cláusula impugnada é que *“segundo os datos facilitados pola entidade que presta o servizo, non se aplica ningún convenio, nin existe pacto en vigor aplicable”*. A partir desta claridade do prego, non resulta acollible a mención agora no informe do órgano de contratación a unha posible aplicación dun “convenio colectivo de limpeza”, xa sexa simplemente porque se afasta do establecido nos pregos e, polo tanto, do que era de coñecemento dos posibles licitadores.

Centrados polo tanto nas condicións da licitación establecidas expresamente nos documentos reitores da licitación, débese concluír que o deber de subrogación previsto nacería entón precisamente do establecido nos pregos da licitación, o que determina, xa o anticipamos, que debamos estimar o recurso presentado.

Así, o artigo 130 da LCSP establece:

“1. Cando unha norma legal un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral impoña ao adxudicatario a obriga de subrogarse como

empregador en determinadas relacións laborais, os servizos dependentes do órgano de contratación deberanlles facilitar aos licitadores, no propio prego, a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores a que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir unha exacta avaliación dos custos laborais que implicará tal medida, e deberase facer constar igualmente que tal información se facilita en cumprimento do previsto no presente artigo.

Nese sentido, é indubidable que o deber de subrogación dun traballador nace, no seu caso, da aplicación do establecido na lexislación laboral e no convenio colectivo de aplicación, sen que os datos ao respecto existentes nos documentos da licitación teñan maior carácter que o meramente informativo que lle outorga a propia LCSP.

Como sinala a Sentenza do Tribunal Supremo de data 12.12.2017:

“A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017(...). Redacción que pone de manifiesto que las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio”.

Polo tanto, o deber do órgano de contratación limítase a trasladar aos licitadores a información sobre os contratos dos traballadores que sexa “necesaria” para a correcta estimación dos custos salariais, sen que o establecido nos pregos teña a consecuencia substantiva de modificar o que é, no seu caso, un dereito do traballador e un correspondente deber para a empresa adxudicataria e, polo tanto, sen que nin sequera unha posible inexactitude neses datos facilitados afecte á propia figura da subrogación. A estes efectos, o propio artigo 130.5 da LCSP prevé que:

“5. No caso de que, unha vez producida a subrogación, os custos laborais fosen superiores a aqueles que se desprenden da información facilitada polo antigo contratista ao órgano de contratación, o contratista terá acción directa contra o antigo contratista.”

En definitiva, o deber de subrogación nace, como sinala o Tribunal Supremo na sentenza citada *“de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio”*, sen que sexan os pregos da licitación documento que poida fixar ao

novo adxudicatario o deber de subrogar os traballadores existentes. Neste sentido xa nos pronunciamos na nosa anterior Resolución 116/2019.

Así se establecía igualmente no informe da Intervención municipal que obra no expediente, que ademais de detallar diversas críticas aos pregos da licitación sinalaba expresamente que *“non consta no expediente a documentación que xustifique a obrigatoriedade de subrogación deste persoal”*

En consecuencia, procede estimar o recurso presentado e anular a cláusula do PPT impugnada referente á subrogación do persoal.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso interposto por EULEN S.A. contra os pregos da licitación para a prestación dos servizos integrais de mantemento, limpeza, reparación e conserxería en diversos centros, convocada polo Concello de Porriño.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.