

Recurso nº 139/2018

Resolución nº 133/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 27 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. R.C.F. actuando en nombre y representación de SERVICIOS SOCIALES ULLA-SAR, S.L. contra los pliegos de la licitación del contrato de servicios de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Vilanova de Arousa, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Vilanova de Arousa se convocó la licitación del contrato de servicio de ayuda en el hogar, con un valor estimado declarado de 538.030,77 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el día 07.11.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna el pliegos de cláusulas administrativas particulares de la licitación por incumplir el artículo 130 de la LCSP al no facilitar a los

licitadores la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores sujetos a subrogación.

Cuarto.- El 28.11.2018 SERVICIOS SOCIALES ULLA-SAR, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que lo remitió al TACGal el mismo día.

Quinto.- Con fecha 29.11.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Vilanova de Arousa el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 14.12.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 14.12.2018, sin que se hubieran recibido alegaciones.

Séptimo.- Este Tribunal mediante Resolución de fecha 04.12.2018 acordó suspender el procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente es licitador en el procedimiento de contratación, lo que necesariamente le otorga exclamación para la interposición de este recurso.

Ahora bien, dado que el recurrente presentó oferta con anterioridad a la presentación de este recurso especial, debemos analizar la relevancia de ese aspecto para la admisibilidad de su impugnación, a la vista de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50.1.b de la LCSP, que señala:

“Con carácter general, no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que deban regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, presentara oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Así, observamos que la ley establece no un mandato imperativo en todo caso, sino una regla general de no admisibilidad, sujeta por lo tanto a la valoración de las circunstancias concretas de cada supuesto que deberá efectuar este Tribunal. Una interpretación tendente a una inadmisión automática por este motivo, además de apartarse de la propia literalidad del texto legal, podría suponer una indebida restricción del derecho de defensa de un licitador ante lo que entiende como un vicio del procedimiento, por lo que la simple y exclusiva relación temporal entre las presentaciones del recurso y de la oferta sería un criterio de admisión excesivamente formalista, más aún en un supuesto en que el recurrente formula su recurso en el plazo legalmente establecido de quince días.

Y, en ese sentido, adquieren relevancia para esa valoración a efectuar circunstancias tales como el momento procedimental en el que se interponga el recurso, los aspectos objeto de impugnación y los concretos motivos alegados, así como las circunstancias del recurrente en la licitación y la finalidad última del recurso, que no puede ser contraria al principio de buena fe. Todo esto teniendo en cuenta que el objeto de esa previsión legal es la de impedir estratagemas de impugnación por quien, aceptando primeramente el contenido de los pliegos mediante la presentación de su oferta, actúa en contra de sus propios actos si en un momento posterior decide recurrirlos.

Así, en este caso el primer hecho relevante del que debemos ya dejar constancia es que, como luego veremos, el recurso fue presentado en el plazo legal de quince días fijado en el propio artículo 50 de la LCSP y dentro del plazo establecido para la presentación de ofertas, sin que por lo tanto se haya avanzado más en el proceso de licitación ni se pueda apreciar la existencia de circunstancias contrarias al principio de buena fe.

Y en segundo lugar, otro aspecto de importancia es que el concreto vicio alegado, como es la ausencia de la necesaria información a suministrar a los licitadores sobre el personal a subrogar previsto en el artículo 130 de la LCSP, es determinante para una idónea configuración de la oferta por los posibles participantes en la contratación y, en ese sentido, supone una hipotética afectación al principio de igualdad de trato.

En conclusión y ante las circunstancias expuestas, procede la admisión del recurso.

Cuarto.- En cuanto al lugar de presentación y temporalidad del recurso debemos señalar lo siguiente, ya que el recurso como vimos fue presentado ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC, en adelante).

Este TACGal está en funcionamiento desde el 02.04.2018, tal como fue publicitado en el DOG de 05.03.2018 y en la web de este Tribunal gallego (existiendo enlace hacia esta web en el propio TACRC), por lo que puede ser ya de conocimiento de los recurrentes que es este Tribunal gallego el competente para la interposición del recurso, no aquel estatal.

Pero es que en este caso la información dada en la licitación no daba pie a la confusión, pues no se citaba al TACRC ni en el anuncio ni en el PCAP. De hecho, en la cláusula 21ª del PCAP expresamente se decía:

“ El procedimiento de recurso especial se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince (15) días hábiles, de acuerdo con el artículo 50.1 de la LCSP, dirigido al Tribunal Administrativo de Contratos de Galicia, a través de la web <https://tacgal.xunta.gal> y dentro del enlace para la presentación del recurso por medios electrónicos <https://tacgal.xunta.gal/procedimientos.html>.

El órgano competente para la resolución del recurso especial será el Tribunal Administrativo de Contratos de Galicia, de acuerdo con el artículo 44.4 LCSP. .”

En todo caso, y en base a las fechas señaladas con anterioridad, el recurso fue interpuesto ante el TACRC y recibido en este Tribunal dentro del plazo legal.

Quinto.- Siendo el acto recurrido los pliegos de la licitación de un contrato de servicios por importe superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- El recurrente como único motivo del recurso argumenta la indebida falta de información del personal a subrogar en base al convenio colectivo de aplicación, con incumplimiento de lo establecido en el artículo 130 de la LCSP.

Séptimo.- El órgano de contratación en su recurso solicita la desestimación del recurso *“ya que en este expediente de contratación no hay personal a subrogar al no haber previamente licitado y adjudicado un contrato de esta naturaleza”*.

En ese sentido, es preciso ya señalar que según manifiesta el propio Ayuntamiento en su informe, desde *“mediados del año 2016”* y *“utilizando la figura del contrato menor previsto en la legislación de contratos, el ayuntamiento contrató desde entonces la prestación del servicio con una empresa externa”*.

Octavo.- Como vimos, el único motivo de impugnación es el incumplimiento de lo previsto en el artículo 130.1 de la LCSP que señala:

“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 les deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, y se deberá hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. Para estos efectos, la empresa que viniera efectuando la prestación objeto del contrato que se va a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, por requerimiento de este. Como parte de esta información, en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, con indicación: del convenio colectivo de aplicación y 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 que afecte la subrogación. La Administración le comunicará al nuevo empresario la información que le facilitase el anterior contratista”

La cláusula decimoctava del PCAP establece al respecto del convenio colectivo de aplicación:

“En todo caso, será de aplicación la Resolución de 18 de enero de 2010, de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia por la que se

establece el Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia (DOG número 31 de 16 de febrero de 2010) teniendo en cuenta además la Resolución de 6 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Relaciones Laborales.”

Y el citado convenio colectivo en su artículo 15ª recoge:

“Artículo 15º.-Cláusula de subrogación del personal.

Con el fin de mantener la estabilidad de las personas trabajadoras en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1. Al término de la concesión de una contrata, las personas trabajadoras de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritas a la nueva titular de la contrata, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Personas trabajadoras en activo que estén prestando sus servicios con una antigüedad mínima de 4 meses, sea cual sea la modalidad de su contrato de trabajo. Ese plazo de antigüedad mínima no será aplicable en los casos en que la contratación se hubiese producido para sustituir a algún trabajador o trabajadora que tenga rescindida de forma definitiva su relación laboral con la empresa.

b) Personas trabajadoras que en el momento del cambio de titularidad de la contrata se encontrasen enfermas, accidentadas, en excedencia, baja maternal, siempre y cuando hayan prestado servicios en el centro de trabajo objeto de subrogación con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo y que reúnan la antigüedad mínima establecida en el apartado anterior.

c) Personas trabajadoras que, con contrato de interinidad, sustituyan a alguno/a de los/as trabajadores/as mencionados/as en el párrafo anterior.

d) Personas trabajadoras de nuevo ingreso que, por exigencias del cliente, se hubiesen incorporado al centro como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos 4 meses.

e) En el caso de los puestos de coordinador/a y ayudante de coordinación, para ser subrogados por la empresa entrante con tales categorías y/o condiciones que acrediten, habrá que demostrar fehacientemente la adscripción funcional al contrato o adjudicación objeto de subrogación.

6. El no cumplimiento por parte de la empresa saliente de los plazos indicados y de los requisitos previstos en este artículo no exime de la obligatoriedad de la subrogación por parte de la empresa adjudicataria, siempre que finalmente se acredite el derecho de las personas trabajadoras a ser subrogadas. En este caso, serán a cuenta de la empresa saliente los salarios que se devenguen desde la fecha de la nueva adjudicación hasta que la subrogación se produzca, por retraso injustificado en cumplir los requisitos expuestos.

9. No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el/la contratante del servicio lo suspendiese, si las personas trabajadoras con contratos de trabajo que fuesen resueltos por motivos de esta suspensión probaran que el servicio fue reanudado por la misma u otra empresa dentro de los 6 meses siguientes a la suspensión”

Igualmente, consta en el expediente respuesta del órgano de contratación a pregunta formulada por el recurrente del siguiente tenor literal:

“1.- Confirmar que no existe personal a subrogar.

Los pliegos que rigen el procedimiento de contratación de adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar en el Ayuntamiento de Vilanova de Arousa no contemplan la subrogación del personal, si bien la empresa que viene desempeñando dicho servicio en los últimos años podrá proponer que se produzca dicha subrogación de personal. De ser así, no sería vinculante para la nueva empresa.”

Pues bien, de la lectura del contenido de esa respuesta al licitador recurrente ya debemos destacar la incorrecta postura del órgano de contratación, al ligar la obligación de subrogación al contenido de los pliegos de la licitación.

Ya con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP era doctrina consolidada de los Tribunales de recursos contractuales que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior no deriva del contenido de los pliegos que rigen la licitación, sino del régimen jurídico laboral aplicable a las relaciones existentes entre los empresarios y empleados. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 969/2015, siguiendo una línea doctrinal constante, señala al respecto:

“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 de trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contenciosoadministrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social”.

La nueva LCSP clarificó igualmente este aspecto en el mismo sentido hasta aquí referido, al vincular en el artículo 130 la existencia de la obligación de subrogación a lo que determine *“una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”.*

Pues bien, en este caso concreto el PCAP determina como convenio aplicable el Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia, que, como transcribimos anteriormente, recoge en su artículo 15 la obligación y condiciones de la subrogación.

El órgano de contratación en su informe a este recurso defiende que no existe deber de subrogación *“ya que en este expediente de contratación no hay personal a subrogar al no haber previamente licitado y adjudicado un contrato de esta naturaleza”.* Explica el Ayuntamiento que desde *“mediados del año 2016”* y *“utilizando la figura del contrato menor previsto en la legislación de contratos, el ayuntamiento contrató desde entonces la prestación del servicio con una empresa externa”*, por lo que considera que como *“no hay un contrato previo suscrito por el ayuntamiento”* no existe la obligación de la subrogación.

Pues bien, el régimen de los contratos menores en la legislación contractual, tanto en la actual como en las precedentes, sin ánimo de ser exhaustivo, es un régimen jurídico excepcional que va dirigido a simplificar el procedimiento administrativo en aquellos supuestos en los que se entiende necesario primar la agilidad precisa para atender necesidades de reducido importe económico. En ese sentido, la LCSP, en una línea ya tradicional, articula una regulación específica para la tramitación de los contratos menores, en la que los configura como una modalidad abreviada de adjudicación directa de los contratos públicos de importe reducido, exime de la tramitación completa del procedimiento de adjudicación y exige los requisitos fijados en el artículo 118.

Pero esa tramitación abreviada y lo reducido del expediente administrativo, referido al informe del órgano de contratación, a la aprobación del gasto y a la incorporación de la factura correspondiente, de ninguna manera puede significar que no exista una relación contractual entre el empresario y la Administración ni que no se produzca una verdadera prestación de servicios, y prueba evidente de esto es que el Ayuntamiento está abonando como contraprestación una factura mensual, como reconoce en el propio informe.

Reiteramos que la existencia del deber para la nueva empresa adjudicataria de proceder a la subrogación de los trabajadores deriva de lo establecido en el convenio colectivo, siendo el nacimiento de ese deber independiente del concreto procedimiento administrativo seguido por el Ayuntamiento para la precedente adjudicación. La situación administrativa de la actual prestadora del servicio, y el debate de la corrección del procedimiento sucesivo para su vinculación contractual, no afecta a la figura de la subrogación, sea a los efectos que nos ocupa de lo previsto en el artículo 130, pues basta con apreciar que los términos del artículo 15 del convenio colectivo aluden a que esta nace de la sustitución de la empresa en la prestación del servicio “*a/ término de la concesión de una contrata*”, con abstracción de circunstancias exclusivas de la relación administrativa entre Ayuntamiento y contratista.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 3125/2014, del 11 de junio, de la Sala del Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, analizando precisamente este mismo artículo 15 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia, señala con claridad:

“Pues bien, el artículo 15 del convenio colectivo de aplicación citado no realiza una distinción objetiva de los supuestos de concesión que deben entenderse comprendidos dentro de la misma, y además, la amplitud de la redacción de dicho artículo no deja lugar a dudas sobre la obligación de subrogación de la nueva empresa contratista del servicio de ayuda a domicilio.”

Además la aplicación de una norma convencional no puede verse afectada por los diferentes pactos a los que lleguen la empresa principal y contratista, puesto que de lo contrario, provocaría situaciones de fraude de ley; pues la aplicación del citado precepto debe quedar por encima de cualquier acuerdo entre las partes que configuran la concesión del servicio, y así procede la aplicación de la subrogación convencional por encima de cualquier acuerdo entre las partes que configuran la concesión de un servicio.(...)”

Y así esta Sentencia considera que la empresa en ese supuesto es adjudicataria de la concesión de servicios independientemente de su situación administrativa, argumentando:

“a pesar de que la empresa Bogar Asistencia SL no haya sido adjudicataria mediante el correspondiente procedimiento administrativo de concesión de dicho servicio público para el ayuntamiento de Sada, y ello por cuanto que el procedimiento por el que ha sido designada corresponde a un procedimiento de urgencia, y por ello, y a pesar de ser un contrato verbal en cuanto a sus condiciones, la empresa Bogar Asistencia SL desempeña una actividad concedida por el ayuntamiento y desarrolla las actividades propias de una concesión administrativa, ..., aunque no se cumplan los requisitos de la ley de contratos de servicios públicos”.

Pues bien, el órgano de contratación en su informe reconoce que el servicio de ayuda en el hogar se presta en la actualidad por una empresa. Reconocido ese aspecto, la configuración de la subrogación de trabajadores establecida en el artículo 15 del convenio colectivo adquiere plena virtualidad a los efectos de la operatividad del artículo 130 LCSP, que es lo que nos ocupa, y al cumplimiento del deber de información establecido en el mismo. Como señala en la misma línea el TACRC en su Resolución 220/2017 sobre este deber de información: *“siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria.”*

Una vez fijado este aspecto, debemos determinar la consecuencia de la falta de información por el órgano de contratación sobre las condiciones de la subrogación y, por lo tanto, del incumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP.

Así salientamos que, como señala el propio artículo, esa información es esencial para que los licitadores puedan proceder a una *“exacta evaluación de los costes laborales”* y configurar así su oferta. Y, en consecuencia, la falta de entrega de la información prevista legalmente supone una manifiesta vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, ya que el grado de detalle de los datos a facilitar debe ser lo suficiente para garantizar el trato igualitario de todos los que concurran a la licitación, impidiendo la existencia de situaciones de privilegio derivadas del conocimiento de información no disponible para todos los posibles interesados (en

el mismo sentido el Acuerdo 21/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra).

Igualmente, la negativa del órgano de contratación a suministrar la información sobre el personal a subrogar cuando esa previsión consta expresamente en el convenio colectivo de aplicación impidió al recurrente conocer de forma correcta las obligaciones que asumía con su propuesta.

En conclusión, debemos estimar el recurso presentado y anular los pliegos de la licitación por incumplir lo previsto en el artículo 130 de la LCSP, ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al punto anterior a su aprobación.

Finalmente, en cuanto a las preguntas del órgano de contratación en su informe sobre las consecuencias de la posible estimación de este recurso, propias de la aplicación de un precepto legal a un supuesto concreto, no es este TACGal, dado su carácter exclusivamente revisor, quien se pueda pronunciar sobre cuestiones cuyas respuestas corresponde a la competencia propia de los órganos de contratación.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por SERVICIOS SOCIALES ULLA-SAR, S.L. contra los pliegos de la licitación del contrato de servicios de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Vilanova de Arousa anulando los mismos y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al punto anterior a su aprobación.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso 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 notificación de esta resolución, 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.