RE 068/2016

Acuerdo 75/2016, de 21 de julio de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por EULEN, S.A. frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de seguimiento de los cursos del Plan de Formación para el Empleo de Aragón y del Programa de Escuelas-Taller y Talleres de Empleo», promovido por el Instituto Aragonés de Empleo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de junio de 2016 se publicó en el Perfil de contratante de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en el Boletín Oficial de Aragón, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Servicio de seguimiento de los cursos del Plan de Formación para el Empleo de Aragón y del Programa de Escuelas-Taller y Talleres de Empleo», promovido por el Instituto Aragonés de Empleo (en adelante INAEM). Contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 153 880,80 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación, recoge en su Apartado 2.5.3.2, relativo a la «*subrogación en contratos de trabajo*» lo siguiente:

«*En el caso de que así se indique en el apartado P del Cuadro-Resumen, el adjudicatario deberá subrogarse como empleador en los contratos de trabajo cuyas condiciones se recogen en la documentación complementaria a este expediente*».

El apartado P del Cuadro-Resumen del PCAP, no contempla la subrogación.

TERCERO.- El 11 de julio de 2016, tiene entrada, en el Registro General del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Luis Cubelos Martín, en nombre y representación de EULEN, S.A (en adelante EULEN), frente a los pliegos aprobados para regir el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de seguimiento de los cursos del Plan de Formación para el Empleo de Aragón y del Programa de Escuelas-Taller y Talleres de Empleo», promovido por el Instituto Aragonés de Empleo.

El 8 de julio de 2016, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el PCAP no contiene ninguna referencia a la subrogación del personal que actualmente desempeña el servicio. Argumenta para ello que mediante Resolución de 3 de julio de 2015, del Director General de Trabajo del Gobierno de Aragón, se produjo una extensión del convenio colectivo de trabajo del sector de servicios auxiliares de la Comunidad Foral de Navarra, al mismo sector de la Comunidad Autónoma de Aragón.
b) Consideran que siguiendo las pautas establecidas en dicho Convenio impera la subrogación de los trabajadores adscritos al

servicio objeto de licitación, por lo que los licitadores tendrían la obligación de incluir nuevos costes en sus ofertas.

Por todo lo alegado, solicita que los pliegos incluyan la obligación impuesta por el artículo 120 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) modificando con ello el apartado 2.5.3.2 y el apartado P del Cuadro-resumen del PCAP y, como medida provisional, se acuerde formalmente la suspensión del expediente de contratación hasta que recaiga resolución definitiva sobre el recurso.

CUARTO.- Mediante Resolución 14/2016, de 12 de julio, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se acuerda la suspensión del procedimiento de licitación.

QUINTO.- El 12 de julio de 2016, el Tribunal administrativo solicita al INAEM, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 14 de julio de 2016 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre los pliegos; y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de EULEN, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El acto es recurrible, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La recurrente, actual adjudicataria del servicio objeto de licitación, alega que el PCAP no contiene ninguna referencia a la subrogación del personal que actualmente desempeña el servicio. Argumenta para ello que mediante Resolución de 3 de julio de 2015, del Director General de Trabajo del Gobierno de Aragón, se produjo una extensión del convenio colectivo de trabajo del sector de servicios auxiliares de la Comunidad Foral de Navarra, al mismo sector de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Antes de entrar en el fondo del asunto, este Tribunal administrativo considera necesario reiterar su amplia doctrina en materia de subrogación. Así, tal y como se ha recordado en nuestro reciente Acuerdo 72/2016, de 14 de julio, la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá

cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad. Es decir, cuando por convenio colectivo, o por previsión legal, se contempla la obligación de subrogación, los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato.

Es, en suma, una obligación laboral, pero indisponible por el pliego, pues las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, tal y como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Tal posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que permiten un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, que admite incluso la subrogación «contractual»).

También es doctrina consolidada de los Tribunales administrativos de contratos, que la subrogación de los trabajadores no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares al adjudicatario del contrato, dado que estaríamos ante una estipulación que afectaría a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Por todas basta citar la Resolución número 879/2014, de 28 de noviembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), cuya argumentación comparte este Tribunal.

Respecto a la obligación de subrogación, el artículo 120 TRLCSP, exige que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, sea cual fuera la causa de su imposición (legal, convencional o contractual):

> *«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».*

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión indicando que:

a) Los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.
b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP —y sin que ello

suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado 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. Esta información deberá constar 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 artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El TACRC concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

«la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada un o de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos».

Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el Tribunal dice que:

«La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de

ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación».

TERCERO.- En este procedimiento de licitación, el órgano de contratación considera que no procede la subrogación, y así lo hace constar de manera expresa en el apartado P del Cuadro-Resumen del PCAP. Sin embargo, EULEN argumenta que se ha producido una extensión del convenio colectivo del sector de Servicios Auxiliares de la Comunidad Foral de Navarra a las empresas y trabajadores del mismo sector de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Si analizamos el ámbito funcional del convenio de referencia —II Convenio Colectivo Autonómico para el Sector de Servicios Auxiliares de la Comunidad foral de Navarra 2012-2016—, su artículo 2 lo circunscribe a:

«Las personas que prestando sus servicios en empresas del sector, se dediquen a cualquiera de las actividades de celaduría, conserjería, portería o atención e información a terceros.

A título puramente ejemplificativo y, en consecuencia, sin que la enumeración siguiente pueda considerarse cerrada o excluyente se señala como actividades incluidas en el ámbito de aplicación del convenio, entre otras, las siguientes:

- Las de información en los accesos, custodia y comprobación del estado de funcionamiento de instalaciones, y de gestión auxiliar, realizadas en edificios particulares por porteros, conserjes y personal análogo.

- En general la comprobación y control del estado de calderas e instalaciones generales en cualquier clase de inmuebles, para garantizar su funcionamiento y seguridad física.

- El control de tránsito en zonas reservadas o recirculación restringida en el interior de fábricas, plantas de producción de energía, grandes centros de proceso de datos y similares.

- Las tareas de recepción, comprobación de visitantes y orientación de los mismos, así como las de control de entradas, documentos o carnés privados, en cualquier clase de edificios o inmuebles».

Y estas actividades nada tienen que ver con el objeto del contrato recurrido que es el «*seguimiento de los cursos del Plan de formación para el empleo de Aragón y del programa de escuelas-taller y talleres de empleo*».

Además, en el Pliego de Prescripciones Técnicas se define el perfil profesional y número de trabajadores requeridos para la prestación del servicio que será de al menos 4 personas: 3 entrevistadores/encuestadores y un jefe de equipo. Se precisan también los requisitos que deben reunir los trabajadores de la siguiente manera:

«*Los encuestadores deberán tener las características técnicas y personales necesarias para efectuar el trabajo de campo de manera adecuada, teniendo en cuenta la dispersión de los cursos, la diversidad de los horarios y las características del alumnado. El contrato de trabajo de los trabajadores que hagan las visitas y el seguimiento de los cursos deberá corresponderse, a todos los efectos, con el grupo/categoría/nivel profesional y a la titulación requerida para el puesto de trabajo desempeñado, según la clasificación del convenio colectivo vigente, para la empresa adjudicataria.*

El jefe de equipo tendrá titulación universitaria media o superior. El contrato de trabajo que la empresa adjudicataria formalice con el trabajador que realice las funciones de jefe de equipo deberá corresponderse, a todos los efectos con el grupo/categoría/nivel profesional y a la titulación requerida para el puesto de trabajo desempeñado, según la clasificación del convenio colectivo vigente, para la empresa adjudicataria. Las tareas del jefe de equipo consistirán en coordinar y supervisar todas las tareas técnicas y administrativas para el desarrollo de este contrato, actuar de interlocutor entre la empresa contratante y el Instituto Aragonés de Empleo, estando en contacto directo con el personal responsable del mismo, atendiendo las

sugerencias que puedan plantearse con el fin de realizar mejor la labor de seguimiento y la gestión e informatización de las encuestas».

Por todo ello, a juicio de este Tribunal administrativo, se constata que ni el objeto del contrato —cuyo código CPV es 79342310-9: Servicios de encuestas a clientes—, ni las características de las personas requeridas para su prestación, guardan ninguna relación con el ámbito funcional del convenio colectivo cuya aplicación pretende la recurrente.

Y por último, respecto al valor estimado del contrato, tal y como explica el órgano de contratación en su informe al recurso, el presupuesto del contrato se elaboró tomando como referencia el IX Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, aplicando las tablas salariales incluidas en dicho convenio.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso presentado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por D. José Luis Cubelos Martín en nombre y representación de EULEN, S.A, frente a los Pliegos que rigen la licitación denominada «seguimiento de los cursos

del Plan de formación para el empleo de Aragón y del Programa de Escuelas-Taller y Talleres de Empleo», promovido por el Instituto Aragonés de Empleo.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por Resolución 14/2016, de 12 de julio, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.