Recurso 544/2022
Resolución 41/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 23 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN S.A.U.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio auxiliar portuario en instalaciones portuarias APPA» (Expte. CONTR 2022 0001063981), convocado por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de diciembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y 2 de diciembre de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 7.043.575,43 euros, según consta en el anuncio de licitación. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas dicho día 5 de diciembre de 2022 en el citado perfil de contratante.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 28 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. (en adelante la recurrente) contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato arriba referenciado. En el escrito de recurso se insta la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 29 de diciembre de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación

necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado tras ser reiterado el 9 de enero de 2023 fue recibido en este Órgano el 16 de enero de 2023.

Con motivo de la interposición de otro recurso especial, en concreto el número 524/2022, este Tribunal mediante Resolución MC. 2/2023, de 5 de enero, adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Por último, conforme al expediente remitido, al no haberse presentado oferta por ninguna entidad, no procede dar trámite de audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, afirma la recurrente que sus derechos o intereses legítimos se ven perjudicados y afectados por los pliegos que se impugnan. En todo caso, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando que el órgano de contratación no ha cumplido con las previsiones del artículo 130 de la LCSP, indicando además en los pliegos de manera errónea y excediéndose de sus competencias, que no existe obligación de subrogación de personal cuando ello no es así, ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron a disposición de las personas interesadas en el perfil

del contratante el 5 de diciembre de 2022, por lo que el recurso presentado el 28 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo acuerde que se:

«1) Anule el procedimiento de licitación del contrato relativo a (...).
2) Ordene retrotraer las actuaciones y convocar una nueva licitación, en la que la entidad contratante realice aquellas adaptaciones que sean necesarias para que todos los elementos del procedimiento de licitación sean conformes a Derecho.
3) De manera particular, ordene al órgano de contratación que rectifique las previsiones del anexo I del PCAP, en cuanto a las menciones que de manera errónea y excediendo de sus competencias se realizan a la subrogación de trabajadores en su Cuadro Resumen. Y que determine adecuadamente en el PCAP los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que al día de la fecha desarrollan los servicios objeto del contrato.».

En esencia, los argumentos en los que se basa la recurrente son los siguientes: i) su empresa ha comunicado en varias ocasiones al órgano de contratación los derechos del personal que hasta la fecha presta el servicio en lo que respecta a la subrogación, y de la consiguiente obligación de informar de esta cuestión a los operadores económicos interesados en participar en la licitación; a pesar de ello, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) indica que la subrogación no resulta procedente, lo que supone una clara extralimitación de sus competencias; ii) tanto el convenio de empresa como el sectorial recogen la obligación de subrogación; iii) las previsiones del PCAP no son admisibles ni siquiera en el caso de que se interprete o invoque por el órgano de contratación una sujeción parcial al convenio; y iv) el PCAP del contrato de servicios precedente inmediato al que es objeto de controversia sí recogía la obligación en materia de subrogación, y aquí estamos ante un objeto contractual idéntico.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En el informe al recurso se indica que por parte del órgano de contratación se decidió en el año 1995 la contratación de servicios auxiliares portuarios mediante un contrato administrativo de servicios permaneciendo esta prestación hasta la actualidad con la concatenación de distintas licitaciones y la sucesión en la prestación por varias empresas.

En cada una de las licitaciones se ha venido recogiendo en los pliegos la obligación de subrogación del personal que prestaba los servicios, si bien nunca ha existido un convenio sectorial que aplicara e impusiera esta obligación.

La actual LCSP solo permite recoger la obligación de subrogación de las personas trabajadoras en los supuestos en que exista una norma legal, un convenio colectivo sectorial o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que la imponga.

No existe convenio sectorial aplicable a la prestación del servicio auxiliar portuario.

En la anterior licitación del año 2019 con número de expediente 2019/000014 y primera bajo la vigencia de la citada LCSP, se mantuvo en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación de subrogación, y la idea inicial era mantenerla en la actual, por lo que se solicitaron los datos del personal a subrogar a las dos empresas contratistas actuales de los diferentes lotes.

No obstante por el área jurídica se puso de manifiesto que la jurisprudencia más reciente considera que está vetado para la Administración disponer sobre la subrogación al ser un asunto ajeno al derecho administrativo, siendo la normativa laboral la que debe marcar la existencia de esta obligación. Por ello y dada la especialización de la materia, se solicitó informe a la empresa contratada para el servicio de asesoría jurídico laboral al órgano de contratación.

Con base en las conclusiones del informe, y aclaradas las dudas planteadas por los informes de alegaciones presentados por empresas y sindicatos, a los que se ha informado de la problemática y búsqueda de solución como la firma de un convenio sectorial, se ha aprobado el expediente con la no inclusión de cláusula de subrogación, si bien siguiendo la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales por aplicación del principio de transparencia se ha publicado la relación de personas trabajadoras que prestan actualmente el servicio con sus correspondientes costes, a fin de garantizar la concurrencia.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Visto lo expuesto, procede el análisis del fondo de la cuestión del recurso, con objeto de analizar si se ha producido o no la infracción del artículo 130 de la LCSP alegada por la recurrente.

Así las cosas, para la resolución de la cuestión planteada resulta necesario traer a colación la regulación que de la *"Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo"* se encuentra contenida en el artículo 130.1 de la LCSP, con una redacción similar en lo que aquí interesa al 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Dicho artículo 130 de la LCSP dispone en su apartado 1 lo siguiente:

«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 deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los 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 los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.».

Los términos en que debe comprenderse esta obligación de los servicios dependientes del órgano de contratación han sido ampliamente tratados por la doctrina de los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, así como por las juntas consultivas de contratación pública. En este sentido, este Tribunal se ha manifestado sobre el particular en varias de sus Resoluciones, entre otras, en la 384/2015, de 4 de noviembre, en la 15/2016, de 28 de enero, 119/2017, de 9 de junio, 138/2018, de 10 de mayo y más recientemente en la 416/2022, de 4 de agosto.

En ellas se hace referencia a su vez al informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que afirma en sus consideraciones jurídicas que «*En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad 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, los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares.»*. Este criterio es matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que en el segundo párrafo de su consideración jurídica segunda señala *«La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente 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 (...).»*.

Asimismo, se cita en aquellas resoluciones el informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que dispone en su consideración jurídica segunda que «*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.»*.

Así lo recuerda, sigue señalando el citado informe 6/2012 de la Junta Consultiva de Aragón, la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 23 febrero de 2011, afirmando que *«La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en el correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público [posteriormente artículo 120 del TRLCSP y actualmente artículo 130.1 de la LCSP]»*.

Así pues, la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando una persona contratista sucede a otra, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate.

En este sentido se ha manifestado asimismo en numerosas Resoluciones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en las 134/2017, de 3 de febrero y 217/2017, de 24 de febrero, en ellas se dispone que *«(…) el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP [actual 131.1 de la LCSP], 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».

Por último, y en lo que aquí concierne, procede traer a colación la Sentencia 873/2018 de 27 de septiembre de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Dicha Sentencia del Alto Tribunal, en su fundamento sexto analiza la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 11 de julio de 2018 (C-60/17), Somoza Hermo e Ilunion Seguridad, que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El Tribunal Supremo tras revisar su doctrina en el fundamento séptimo alineándola con la del TJUE, señala en el apartado 2 del fundamento octavo la doctrina que debe aplicar, cuyo literal es el siguiente:

«2. Doctrina que debemos aplicar.

El resumen de cuanto hemos expuesto en el Fundamento anterior nos permite sentar las siguientes premisas:

Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.».

En el supuesto examinado, aun cuando pudiese no existir convenio colectivo de aplicación a la fecha de publicación del anuncio y los pliegos en el perfil de contratante, dado que la fecha de publicación en el Boletín oficial de la Junta de Andalucía del alegado en el recurso es la de 20 de diciembre de 2022, por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo citada, ha de entenderse que existe, al menos, la apariencia de la obligación de subrogación siempre que se pudiesen dar las circunstancias allí establecidas, y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación.

En ese sentido, el órgano de contratación debe requerir conforme al artículo 130.1 de la LCSP, a la empresa o empresas que viniesen efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuvieran la condición de empleadores de las personas trabajadoras afectadas, la información sobre las condiciones de los contratos de los mismos, así como hacer constar dicha información en el PCAP, y ello con independencia de que una vez adjudicado el contrato o contratos se den o no las circunstancias para que se produzca la subrogación conforme a la legislación laboral vigente.

Al respecto, ha de ponerse de manifiesto que este Tribunal no puede admitir lo indicado por el órgano de contratación en el anexo I del PCAP, cuando en el último párrafo de su apartado 12 afirma textualmente lo siguiente: *«OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL (art. 130 LCSP): No existe, si bien en aplicación del principio de transparencia se publica en el perfil del contratante la información de las condiciones de las personas*

trabajadoras que realizan el servicio, pertenecientes a las dos entidades adjudicatarias del procedimiento de licitación anterior.».

Y ello por cuanto, como afirma el propio órgano de contratación en su informe al recurso *«la jurisprudencia más reciente considera que está vetado para la Administración disponer sobre la subrogación al ser un asunto ajeno al derecho administrativo, siendo la normativa laboral la que debe marcar la existencia de esta obligación»*, la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad 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, los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares, salvo las obligaciones que impone el artículo 130 de la LCSP.

En definitiva, existiendo, al menos, la apariencia de la obligación de subrogación, y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de las personas trabajadoras afectadas estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este; como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal que pudiese ser objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada persona trabajadora, así como todos los pactos en vigor aplicables a las personas trabajadoras a los que pueda afectar la subrogación.

Por su parte, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a las potenciales entidades licitadoras, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a los que pueda afectar la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación, toda vez que la decisión de promover una nueva licitación es competencia del órgano de contratación, sin que este Tribunal dada su función exclusivamente revisora pueda exigirle que vuelva a convocar la licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN S.A.U.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del

contrato denominado «Servicio auxiliar portuario en instalaciones portuarias APPA» (Expte. CONTR 2022 0001063981), convocado por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante la Resolución de 5 de enero de 2023.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.