

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Federación de Mujeres Progresistas (en adelante FMP), contra el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Daganzo, de 7 de octubre de 2021, del contrato “Servicio de desarrollo del punto municipal del observatorio regional de la violencia de género del Ayuntamiento de Daganzo”, número de expediente CONC-254, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de julio de 2021, se publicó en el perfil de contratante del órgano de contratación alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), la convocatoria de licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 181.148,23 euros, con un plazo de duración de 2 años, prorrogable por un año más hasta un máximo de 3 años.

Segundo.- A la convocatoria del contrato, cuyo plazo de presentación de ofertas finalizó el 20 de agosto de 2021, concurrió una sola licitadora, la actual recurrente.

Con fecha 7 de octubre de 2021, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Daganzo, tras comprobar que FMP presentó con fecha 6 de octubre de 2021 los documentos justificativos exigidos y constituyó garantía definitiva aportando justificante del ingreso por importe de 8.720,47 euros, adjudica el contrato a la recurrente, notificándola el mismo día y citándola para la firma del contrato el 2 de noviembre de 2021.

Tercero.- Con fecha 28 de octubre de 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de recurso de la representación de FMP impugnando la adjudicación del contrato por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, por lo que solicita su anulación, así como la suspensión del procedimiento, dejando sin efecto la firma del contrato prevista para el 2 de noviembre, a fin de evitar posibles sanciones por la retirada de la oferta, lo que causaría un daño de imposible reparación a la entidad.

Cuarto.- El 5 de noviembre de 2021, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto con el preceptivo informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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), solicitando la inadmisión del recurso por presentación extemporánea, al ser objeto de impugnación el contenido del pliego, con referencia al artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en

virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y en el artículo 21.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de la empresa recurrente para la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por tratarse de la adjudicataria del procedimiento de contratación *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo del órgano de contratación impugnado fue adoptado el 7 de octubre de 2021, y la

interposición del recurso se efectuó ante el Tribunal el 28 de octubre de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Es objeto de recurso el acto de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que procede su impugnación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- La recurrente plantea que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el contrato no hace ninguna referencia a la obligación de la adjudicataria de subrogación en contratos de trabajo como establece el artículo 130 de la LCSP.

Por otra parte, alude a que el artículo 13 del Convenio de intervención social, regula la subrogación, estableciendo un mecanismo de subrogación empresarial, por o para quien suceda y/o capte parte de la actividad de otra organización, en los supuestos y condiciones que detalla “... *El cambio de titularidad en el contrato de prestación de servicios o fórmula jurídica equivalente, suscrito entre las entidades y/o empresas afectadas por el presente Convenio y los destinatarios de dicho servicio o clientes comporta que la nueva entidad y/o empresa adjudicataria del servicio o continuadora de la actividad, se subroge en los derechos y obligaciones que el anterior tenía con respecto a sus trabajadores y trabajadoras, y socios y socias trabajadores y trabajadoras cooperativistas...*”

En definitiva, FMP alega que siendo este Convenio de Intervención Social el aplicable al servicio objeto de la licitación es evidente que la administración ha incumplido su obligación de informar de los extremos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 130 de la LCSP.

Como antecedente expone lo siguiente:

- Con carácter previo a presentarse a la licitación, llamó al Ayuntamiento de Daganzo, solicitando aclaración, y el 2 de agosto de 2021 la responsable de la

adjudicación le informó que no existía subrogación, por lo que en base a ello y al principio de confianza legítima, FMP presentó oferta.

- Con fecha 4 de septiembre 2021, previamente a la adjudicación recibió el CV de la asesora jurídica que presta sus servicios actualmente y posteriormente los de otras dos trabajadoras (la asesora jurídica tiene contrato mercantil de prestación de servicios en el Punto de Violencia, y la psicóloga y la trabajadora social contratos laborales por cuenta ajena con Delfo, actual prestadora del servicio).

- Con fecha 1 de octubre, solicitó información a la Secretaría del Ayuntamiento respecto a los requerimientos tanto por parte de las trabajadoras como de la empresa saliente, confirmándole el Ayuntamiento con fecha 5 de octubre que no había subrogación en los siguientes términos *“..., en este procedimiento no se contempla subrogar al personal que actualmente presta el servicio. Y, por otro lado, la documentación del personal que tenéis que enviar debe ser de las mismas personas que ya enviasteis para la valoración de criterios.”*

- El 26 de octubre de 2021 FMP recibe burofax de la Consultora Delfo, anterior adjudicataria y actual contratista y prestadora del servicio, con la información sobre las actuales trabajadoras, tal y como contempla el artículo 13 del Convenio de Intervención Social.

La recurrente concluye el escrito de interposición del recurso manifestando que el Ayuntamiento de Daganzo, de acuerdo con la normativa aplicable (artículo 130 de la LCSP y el Convenio de Intervención Social), debió incluir en los pliegos la obligación de subrogación; por el contrario la omitió, incurriendo en una vulneración del principio de confianza legítima y de los principios de transparencia e igualdad de trato, por lo que concurre causa de nulidad, citando a los efectos las Resoluciones 680/2020, de 11 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la 64/2020, de 26 de febrero Recurso nº 41/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2020. El Ayuntamiento incurre en un vicio de nulidad absoluta a la hora de formular el pliego, de acuerdo con los artículos 1 y 132 LCSP en relación con los artículos 39.1 de la LCSP y 47.1 de la LPACAP, dado que FMP no ha podido hacer una estimación de

los costes laborales, lo que constituye una vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que en la cláusula cuarta del PCAP se encuentra establecido el coste del personal referente al contrato, indistintamente de la obligación de subrogación o no del personal por parte de la empresa, lo que garantiza el conocimiento por parte de las empresas ofertantes el coste de los trabajadores.

Por otra parte, en relación al momento de interposición del presente recurso, alega que la impugnación por contenido defectuoso de los pliegos, es una cuestión que tendría que haber recurrido la FMP en el plazo de 15 días desde la publicación de los pliegos, como indica el artículo 50.1.a de la LCSP por lo que la interposición del presente recurso resultaría extemporánea.

Respecto a la obligación de subrogar el Ayuntamiento cita la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2019 (Recurso 702/2016) en la que se ha pronunciado sobre la fuente de la obligatoria subrogación indicando que *“El Tribunal Supremo ha reiterado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral”*.

Por otra parte, alude a que en el presente caso cabría analizar si estamos ante un caso de sucesión del artículo 44 del TRET o ante un supuesto de subrogación de trabajadores por convenio.

Asimismo indica que en el presente caso nos encontramos ante un supuesto en el que los trabajadores no prestan una jornada completa de trabajo, al establecerse: 80 horas por mes para Trabajador/a social y Psicólogo/a, 45 horas

para Asesor/a jurídico y 25 horas para Psicólogo/a infantil, alegando que la inclusión en los pliegos de un personal a subrogar con una jornada parcial podría ocasionar la vulneración de derechos individuales al tener complementada la jornada completa en la correspondiente empresa en otros centros de trabajo. Por otra parte, la inclusión nominal de personal a subrogar podría suponer una imposición a la obligación de subrogar del personal que obliga la Administración vía pliegos al actuar como ley del contrato.

En conclusión, el Ayuntamiento de Daganzo manifiesta que cumplió con la obligación del artículo 130.1 de la LCSP con la inclusión de la cláusula cuarta del PCAP al establecer el coste del personal conforme a convenio, a través del cual la empresa puede determinar de forma suficiente el coste laboral, correspondiendo el pronunciamiento de subrogación o no al ámbito laboral que excede de la contratación pública.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que no procede declarar la inadmisión del recurso presentado por FMP por interposición fuera del plazo, como solicita el órgano de contratación en su informe al recurso, conforme a lo ya expuesto en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la presente resolución, toda vez que el acto recurrido es la adjudicación del contrato y se ha efectuado en plazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1.d) de la LCSP, al haberse presentado dentro de los 15 días hábiles siguientes a su notificación, sin que nos encontremos por tanto en el supuesto de inadmisión por extemporaneidad previsto en el artículo 55.d) de la LCSP.

A estos efectos y dado que la recurrente basa su solicitud de anulación de la adjudicación en el incumplimiento por parte del órgano de contratación de la obligación prevista en el artículo 130 de la LCSP, de facilitar información a los licitadores en el PCAP sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, conviene incidir en la circunstancia de que la recurrente no pudo recurrir contra el PCAP en el momento procedimental oportuno dado que el órgano de contratación le

indicó con fecha 2 de agosto que no existía subrogación, postura igualmente mantenida con posterioridad en diversos escritos, citados y aportados por la FMP.

En este sentido conviene traer a colación la postura mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo Ldt”, por cuanto señala que *“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véanse las sentencias Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, apartado 32, e Idrodinamica Spurgo Velox y otros, C-161/13, EU:C:2014:307, apartado 37]... Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.”*

El Artículo 130 de la LCSP al regular la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo dispone que: *“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”.

Como apunta el órgano de contratación en su informe en relación a la obligación de subrogación, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de que dicha obligación no es impuesta o excluida por la voluntad del órgano de contratación en los pliegos, sino que vendrá determinada por lo que al respecto determine la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación y en las condiciones así establecidas, debiendo contener los pliegos esta obligación a efectos meramente informativos, con el objeto de que las ofertas presentadas tengan en cuenta esta circunstancia. Como literalmente prevé el apartado 1 del citado artículo 130 al hacer referencia expresamente a norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. La subrogación por tanto deriva de las normas laborales no del contrato, y en el presente caso viene claramente impuesta por el artículo 13 del Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 (BOE 3-7-2015), que resulta de aplicación al contrato de servicios que se licita. Y por ello el Ayuntamiento de Daganzo estaba obligado a incluir en el PCAP el listado de personal objeto de subcontratación con carácter informativo como exige el citado artículo 130 de la LCSP. La subrogación de personal en el presente caso es una obligación impuesta en todo caso al adjudicatario del contrato, y por tanto todos los licitadores tienen que tener conocimiento a la hora de efectuar su proposición de la información detallada del convenio colectivo, categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor que les sean aplicables al personal a subrogar, toda vez que dicha

información es determinante para configurar correctamente su oferta, por influir sustancialmente en el cálculo de los costes laborales.

El órgano de contratación ha incumplido lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, sin que se pueda considerar el desglose de costes del presupuesto base de licitación recogido en la cláusula cuarta del PCAP, según exige el artículo 100 de la LCSP, como cumplimiento de la obligación de información del personal a subrogar como pretende el Ayuntamiento en su informe al recurso. A estos efectos cabe recordar cómo ha manifestado este Tribunal en anteriores Resoluciones que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, ambos conceptos no son coincidentes y la prestación a contratar puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. Las listas del personal objeto de subrogación informan las condiciones del personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato, de manera que los licitadores deberán tener en cuenta al hacer el cálculo económico las condiciones de las prestaciones previstas en el pliego y las personas a subrogar.

Una vez fijado el incumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP por parte del órgano de contratación, y lo esencial de la información omitida para que los licitadores puedan efectuar una evaluación exacta de los costes laborales y así configurar correctamente su oferta, debemos determinar la consecuencia de la falta de información legalmente prevista por el órgano de contratación al adjudicatario sobre las condiciones de la subrogación, de las que FMP ha tenido conocimiento con posterioridad a la adjudicación del contrato, lo que supone una manifiesta vulneración de los principios de transparencia y publicidad que informan la contratación pública recogidos expresamente en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

Los Pliegos constituyen la base del contrato y sus condiciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido, al determinar el contenido de la relación contractual, sin que quepa relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación

por ninguna de las partes, lo que incluye también al órgano de contratación, puesto que los pliegos conforman la ley del contrato como viene manteniendo la jurisprudencia y los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales.

Este Tribunal considera que para la adjudicataria se ha producido con posterioridad a la presentación de su oferta una situación sobrevenida modificativa de las condiciones previstas en la licitación del contrato, al ser requerida por burofax de fecha 25 de octubre de 2021 por la entidad Delfo, Desarrollo Laboral y Formación S.L., actual adjudicataria del contrato, en relación a la subrogación del equipo de trabajo adscrito al servicio del PMORVG del Ayuntamiento de Daganzo, del que FMP no era concedora al no figurar en el PCAP, y haberse negado en sucesivas ocasiones por el órgano de contratación, por lo que se considera procede anular la adjudicación del contrato al haberse vulnerado en la adopción del acto los principios de publicidad y transparencia establecidos en los artículos 1.1 y 132.1 de la LCSP, así como el de buena fe contractual y confianza legítima, al no figurar en los pliegos que rigen la contratación del servicio ni en la documentación complementaria que acompañaba al anuncio de licitación y que figura publicada en la PCSP información legalmente exigible y económicamente relevante para la presentación de la oferta por los licitadores.

Por todo lo expuesto se estima el recurso presentado por FMP, quedando anulada la adjudicación del contrato de servicios impugnado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Federación de Mujeres Progresistas, anulando el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Daganzo, de 7 de octubre de 2021, del contrato “Servicio de desarrollo del punto municipal del observatorio regional de la violencia de género del Ayuntamiento de Daganzo”, número de expediente CONC-254.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.