



EB 2014/23

Resolución 38/2014, de 10 de abril de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Jardinería Tecnatura, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento, adecuación y limpieza de las zonas verdes, parques y jardines existentes en el término municipal de Urnieta.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de febrero de 2014, la empresa Jardinería Tecnatura, S.L. interpuso ante el órgano de contratación recurso especial contra el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento, adecuación y limpieza de las zonas verdes, parques y jardines existentes en el término municipal de Urnieta.

SEGUNDO: El expediente junto con el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fue remitido a este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el 7 de marzo de 2014. Examinado el expediente, se advirtió que el informe del poder adjudicador de 5 de marzo de 2014 señala que se han presentado seis ofertas en el procedimiento de adjudicación por lo que, con fecha 20 de marzo de 2014, se requirió al poder adjudicador la remisión de la relación de licitadores, que fue recibida en las dependencias de este órgano el 24 de marzo de 2014, dándose traslado del recurso a los interesados el mismo día al objeto de que presentaran las alegaciones que estimaran convenientes, no habiéndose recibido ninguna.

TERCERO: Mediante Resolución B-BN 04/2014, de 14 de marzo de 2014, de este órgano resolutorio se resolvió estimar la petición de medida cautelar solicitada por la recurrente y suspender el procedimiento de adjudicación del contrato.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de D. J-D S.U. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros, circunstancia que concurre en el contrato que se impugna.

TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Urnieta tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.1a) y 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP).

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) En el Anexo II del PCAP se contempla la relación de personal a subrogar incorporándose, entre otros, como números 5 y 6 a dos trabajadores con una jornada laboral que no se ajusta a las necesidades reales del servicio público a contratar ni por lo tanto a los costes reales necesarios para la efectiva prestación del mismo, lo que contravendría las previsiones establecidas en el artículo 43 del Convenio Colectivo del sector Jardinería en relación con el 120 del TRLCSP.

b) Parece evidente que ni el oficial administrativo cuya subrogación se pretende ni singularmente el ingeniero técnico deben prestar una jornada semanal equivalente al 20 y al 40 por ciento respectivamente para la prestación del servicio público cuya contratación resulta objeto de licitación. La propia configuración y definición de las tareas hacen innecesario e ineficaz contemplar semejante jornada para el citado personal.

c) De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Convenio General del Sector, el personal a subrogar debe ser aquel que esté directamente y exclusivamente afecto al servicio, en los términos establecidos en el convenio,



sin poder incluir personal de estructura de cada empresa, cuya contemplación va a gastos generales de cada empresa.

d) La imputación de los costes salariales inherentes a las personas incluidas con los números 5 y 6 de la relación de personal a subrogar (oficial administrativo e ingeniero técnico) lleva a la inviabilidad económica de la prestación del servicio que se pretende contratar, lo cual redundará en claro perjuicio de la propia entidad contratante, de la calidad y entidad del trabajo a realizar, con perjuicio para la ciudadanía en tanto destinatario final del servicio público que se pretende satisfacer, causando grave quebranto económico a los licitadores por cuanto la asunción de semejante coste, inefectivo, irreal e ineficaz, no supone más que una merma de la efectiva viabilidad de los servicios a prestar poniendo en serio riesgo la viabilidad económica de la adjudicataria.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso oponiendo los siguientes argumentos:

a) En lo que respecta al no ajuste a derecho del contenido del PCAP, opone que el listado de personal a subrogar facilitado por la anterior adjudicataria del contrato consta en el expediente y coincide con el listado señalado en el Anexo II del PCAP. En la memoria técnica presentada en su día por CESP, con motivo de la licitación del contrato que posteriormente se le adjudicó, se indicaba que «dispondrían de personal técnico y administrativo, tanto en número como en formación, plenamente capacitado para la ejecución de las labores a realizar.» Asimismo, especificaba que «Existirá al frente del servicio a tiempo parcial, un Técnico Titulado con experiencia suficiente en materia de jardines, como interlocutor habitual con el Ayuntamiento de Urnieta en lo referente al funcionamiento del servicio, ejerciendo funciones de Jefe de Servicio (...).»

b) En lo que respecta al argumento de que el coste imputado hace el servicio a prestar inviable económicamente, manifiesta que, realizados los estudios de viabilidad, el Ayuntamiento de Urnieta ha estimado que el servicio planteado es viable económicamente y pone de manifiesto que han sido seis las ofertas presentadas al procedimiento de licitación.

OCTAVO: Expuestas las posiciones de las partes interesadas, se hace preciso señalar las cláusulas del PCAP que se refieren a la cuestión debatida.

La cláusula 9 del PCAP, bajo el epígrafe de «OBLIGACIONES LABORALES DEL CONTRATISTA» dispone lo siguiente:

«(...)

El presente contrato será objeto de subrogación contractual, quedando obligado el adjudicatario a subrogarse como empleador en las relaciones laborales especificadas en la documentación complementaria. En aplicación de lo dispuesto en el art. 120 del TRLCSP, esta información será facilitada a los licitadores que lo



soliciten a los efectos de permitir la evaluación de los correspondientes costes laborales.»

Por su parte, en el Anexo II del PCAP se especifica la relación del personal a subrogar en los siguientes términos:

Zkia./ nº	Kontratu mota/ Tipo de contrato	Lansiaoa (astean)/ Jornada semanal	Lanbide maila/ Categoría profesional	Aintzinasuna/ Antigüedad	Hitzarmen aplikagarria/ Convenio aplicable
1	100	100%	Oficial Jardiner/a	27/11/2007	Estatal jsrdinería
2	100	100%	Auxiliar Jardiner/a	03/03/2008	Estatal jardinería
3	401	100%	Jardiner/a	08/05/2012	Estatal jardinería
4	300	25%	Jardiner/a	29/04/2013	Estatal jardinería
5	100	20%	Oficial Administrativo	01/01/1972	39,409,20 €
6	100	40%	Ingeniero Técnico	22/02/1999	42,760,52 €

La citada cláusula 9 del PCAP establece la obligación de que el adjudicatario se subrogue como empleador en las relaciones laborales especificadas en el cuadro que figura como Anexo II al PCAP anteriormente reproducido y señala que esta información se facilita a los licitadores en aplicación de lo dispuesto en el art. 120 del TRLCSP y a los efectos de permitir la evaluación de los correspondientes costes laborales.

En relación con el alcance del citado artículo 120 del TRLCSP, este órgano resolutorio, en su resolución 118/2013, de 25 de noviembre de 2013, ha señalado lo siguiente:

OCTAVO: El artículo 120 TRLCSP establece la obligatoriedad de informar en el propio pliego o en la documentación complementaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, con la finalidad de permitir a los licitadores la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Como señala una reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC; ver, por ejemplo, las resoluciones 181/2011 y 292/2012), este precepto no es la fuente de la obligación de subrogación, papel que corresponde a las normas laborales o los convenios colectivos, y su única finalidad es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta. Por ello, y aunque la obligación de subrogación existirá o no siempre según lo que dispongan las normas o convenios y con independencia de que la información que pide el artículo 120 TRLCSP figure o no en el expediente, es claro que dicho precepto impone al poder adjudicador una obligación de información que ha de cumplirse diligentemente, lo cual le supone emitir un juicio sobre si existe o no alguna norma o convenio que obligue a la subrogación. (...)

En el presente caso, tanto el operador económico recurrente como el poder adjudicador consideran que es de aplicación el Convenio Colectivo del sector que, por las referencias que se realizan en el escrito de recurso y en el informe del poder adjudicador no puede ser otro que el Convenio Colectivo Estatal de



Jardinería 2013-2014, publicado en el BOE 20 julio 2013, núm. 173, [pág. 53783], que es de aplicación según su ámbito funcional (artículo 2º) a todas aquellas empresas que se dediquen a la realización, diseño, conservación y mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, ya sean públicas o privadas, así como aquellas empresas que con independencia de las distintas actividades que pudieran desarrollar, realicen trabajos propios de diseño, construcción, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, y cuyo ámbito personal (artículo 3º) comprende todos aquellos trabajadores/as que se hallen de alta en la plantilla laboral de las empresas mencionadas en el ámbito funcional. El artículo 43 de este Convenio Colectivo contiene una cláusula de subrogación del personal siempre que se dé alguno de los supuestos enumerados en el mismo y esta obligación únicamente puede afectar a las empresas y su personal, comprendidos dentro de los ámbitos territorial, funcional y personal del mismo (artículo 5º).

En el régimen jurídico de los convenios colectivos, la referencia al ámbito funcional y personal de aplicación determina el sector o subsector de actividad económica de las empresas afectadas por el convenio (ámbito funcional) y el colectivo o grupo de trabajadores comprendidos en él (ámbito personal), y junto al ámbito territorial, establecen su campo de aplicación, fijado libremente por las partes negociadoras de los convenios, en virtud de la facultad de que disponen los sujetos legitimados para la negociación de organizar las condiciones de trabajo de un determinado sector o actividad y los destinatarios de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 83.1 ET.

Este órgano resolutorio ha señalado en resoluciones anteriores (Resolución 91/2013, de 30 de septiembre y Resolución 3/2014, de 10 de enero de 2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos (Resolución 17/2013, de 5 de marzo de 2013). Por ello, establecer como pacto contractual la obligación de subrogar cuando ésta no deriva del Ordenamiento laboral excedería de la finalidad y alcance del art. 120 TRLCSP y de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir los contratos; en este sentido, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto.

No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha



información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar dicha información.

Sentado lo anterior, se observa que en el listado que figura como Anexo II al PCAP, que el poder adjudicador manifiesta que coincide con el aportado por la anterior empresa adjudicataria del contrato, se informa que cuatro de los seis trabajadores se hallan sujetos al Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, cuyo artículo 43 establece la obligación de subrogación para las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito, mientras que sobre los otros dos (oficial administrativo e Ingeniero técnico), no consta especificación al respecto ni se afirma que pertenezcan al citado ámbito. La omisión de información produce la duda sobre si les es o no aplicable dicho artículo 43. Esta falta de claridad es contraria al principio de transparencia que rige el procedimiento de contratación (artículo 139 TRLCSP) y a la finalidad última del propio artículo 120 TRLCSP.

Por estas razones, el alcance de la estimación de este recurso, no puede ser otro que el de ordenar al órgano de contratación que modifique la cláusula 9 del PCAP en el sentido de suprimir del listado de personal a subrogar a las dos personas cuya sujeción al Convenio Colectivo Estatal de Jardinería no se menciona expresamente, o bien de mantener dichas personas en el listado de personal a subrogar en razón expresa de su inclusión en el ámbito de dicho convenio o en virtud de otra norma o convenio que imponga la subrogación, señalándolo expresamente en el PCAP, sin que a estos efectos pueda ser aceptable la argumentación esgrimida por el poder adjudicador de que en la propuesta contractual de la adjudicataria saliente figuraba el ofrecimiento de destinar al contrato personal administrativo y técnico, por no ser tal propuesta fuente de la obligación de subrogación.

Si bien, como se ha indicado anteriormente, la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión que debe ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, también se ha de señalar que tal y como se indicaba en la anteriormente citada Resolución 118/2013, de 25 de noviembre de 2013, «(...), en consonancia con la finalidad y alcance del artículo 120 TRLCSP y las competencias del OARC / KEAO, este pronunciamiento no tiene efectos más allá del ámbito del presente procedimiento de resolución del recurso especial, del expediente de contratación al que éste se refiere y de la determinación de si el poder adjudicador ha cumplido con lo que el citado precepto le impone. En particular, no sustituye las decisiones que adopten las autoridades competentes en materia laboral ni mucho menos las de los órganos del orden jurisdiccional social, por lo que no podrá ser válidamente invocado en los posibles conflictos entre las empresas implicadas o entre éstas y los trabajadores afectados.»

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa Jardinería Tecnatur, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de los trabajos de conservación, mantenimiento, adecuación y limpieza de las zonas verdes, parques y jardines existentes en el término municipal de Urnieta, acordando la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de un nuevo pliego de cláusulas administrativas contractuales en la forma que se señala en el Fundamento de Derecho octavo de esta resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión acordada en la Resolución B-BN 04/2014, de 14 de marzo de 2014.

TERCERO: 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 47.5 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2014ko apirilaren 10a
Vitoria-Gasteiz, 10 de abril de 2014