



Recurso nº 829/2013

Resolución nº 608/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 4 de diciembre de 2013.

VISTO el recurso presentado por D. J.M.H.A. en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) contra los pliegos de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas en el expediente número: AGP 240/13. Título: Servicio de mantenimiento integral campo de vuelo y urbanización Aeropuerto de Málaga-Costa del Sol, de AENA, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. AENA Aeropuertos ha procedido a licitar el expediente AGP 240/13, titulado "Servicio de mantenimiento integral campo de vuelo y urbanización. Aeropuerto de Málaga-Costa del Sol", por un importe de 541.949,73 €, con un plazo de ejecución de 1 año y con posibilidad de dos prórrogas anuales por mutuo acuerdo de las partes.

Este expediente fue publicado en el B.O.E. número 250 de fecha 18 de octubre de 2013.

Según especifica el PPT, el objeto del contrato "*consistirá principalmente en realizar el mantenimiento preventivo y la conservación y reparación en el campo de vuelos del Aeropuerto. Se contempla dentro de este Expediente, las labores de limpieza de caucho en las pistas de vuelos, desbroce y limpieza de zonas no pavimentadas, tratamientos fitosanitarios, tratamientos herbicidas, jardinería y mantenimiento, limpieza de plataformas, pista, viales, etc. Así como todas las labores necesarias para mantener en estado óptimo todas las instalaciones del lado aire del Aeropuerto.*

La finalidad del servicio es asegurar el correcto y continuo funcionamiento de la instalación o equipos a mantener y disponer de una empresa que cubra las necesidades, conservación y pequeñas mejoras que se puedan presentar, para lo cual, la presentación

de la oferta supone aceptar las condiciones contenidas en este P.P.T. la Empresa Adjudicataria aportará los medios humanos y materiales necesarios para la correcta prestación del servicio y el máximo nivel de Calidad."

Según su cláusula 5, tal objeto se divide en "*SERVICIO DE JARDINERÍA*."

La Empresa Adjudicataria será responsable de la conservación y mantenimiento de la jardinería existente en la zona restringida de seguridad, incluyendo el campo de vuelos (...). La empresa realizará las siegas que sean convenientes para mantener toda las áreas verdes en estado homogéneo y, en todo momento, de todo el terreno situado en la zona restringida de seguridad, comprendiendo todas las zonas no pavimentadas, realizando los servicios de fumigación, tratamiento herbicida siega y sembrado, siguiendo, en todo momento, las indicaciones marcadas por el Director del Expediente o persona en quién delegue, poniendo todos los medios humanos y materiales necesarios para la realización de estos servicios, garantizando el perfecto estado de conservación en todo momento de las instalaciones."

Y "*SERVICIO DE LIMPIEZA*"

La Empresa Adjudicataria realizará labores de limpieza normalmente de superficies del lado aire, también en cualquier otra zona del recinto aeroportuario que el Director del Expediente pueda requerir como parte del programa de mantenimiento preventivo. Las zonas a mantener deberán encontrarse en perfecto estado de limpieza, garantizando así un correcto desarrollo de las operaciones en tierra de las aeronaves y de los vehículos y equipos que las asisten. (...)."

La cláusula 13 del PCAP, "*Obligaciones del contratista*", señala que "*3. Obligaciones laborales y sociales. El contratista, como único empresario de su personal adscrito a los trabajos contratados, está obligado al cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en las obras de construcción debiendo someterse a cuantas disposiciones sobre protección y condiciones de trabajo resulten de aplicación (...). A este respecto, el licitador puede obtener la correspondiente información sobre estas obligaciones en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (...).*"

Asimismo, y en cumplimiento del artículo 5 del Real Decreto-Ley 5/2011 (...), la empresa adjudicataria deberá remitir al Director de expediente designado por AENA Aeropuertos antes del inicio de la actividad contratada, copia de toda la documentación relativa a la afiliación y alta en la Seguridad Social de todos los trabajadores contratados o subcontratados (...)"

Por lo que respecta a los medios humanos que deben prestar el servicio, la cláusula 17 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) establece que:

"El adjudicatario se compromete a realizar la actividad objeto del pliego, con los medios humanos y materiales adecuados a tal fin. La facultad de dirección, organización y control de los trabajadores corresponde a la empresa adjudicataria por disponer la misma de la titularidad independiente a la de AENA Aeropuertos, S.A., así como de organización autónoma. (...)"

Respecto al personal, el adjudicatario se obliga expresamente a:

Realizar su actividad con una plantilla de trabajadores adecuada para el rendimiento óptimo y calidad del servicio. Respecto al personal del adjudicatario adscrito a la actividad y objeto de este pliego, una vez finalizada ésta, o si la misma se resolviera antes de finalizar la vigencia pactada, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente y en los propios convenios colectivos que resulten de aplicación en materia de subrogación empresarial.

En ningún caso, el personal de la adjudicataria se incorporará a la plantilla de Aena Aeropuertos, ni ésta se subrogará en las relaciones laborales existentes entre el adjudicatario y sus trabajadores; siendo AENA Aeropuertos totalmente ajena a las referidas relaciones laborales, así como las eventuales responsabilidades que de las mismas pudieran derivarse, que el adjudicatario acepta expresamente serán de su cuenta y cargo".

Por último, el presupuesto de este expediente, según se establece en la cláusula 27 del PPT, está diferenciado en dos partidas:

"ü 1a. Mantenimiento general del campo de vuelo 488.949,73 €, irá repartido en 12 mensualidades de importe fijo.

ü 2a. Limpieza de caucho y repintado de pista 53.000,00 €, en una sola mensualidad correspondiente al periodo en que se realice el trabajo."

Segundo. El 28 de octubre tiene entrada en el registro del licitador recurso especial en materia de contratación de ASEJA contra los referidos pliegos, en que señala que *"en su Cláusula 13ª: "Obligaciones del Contratista" (Folio 12), Disposición 3 ("Obligaciones laborales y sociales"), se indica que el contratista queda obligado al cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia laboral (y entre las cuales se encuentra, la de subrogar al personal afecto al servicio), y sin embargo, por el Órgano de Contratación, no se facilita el listado del personal a subrogar (que lo hay: s.e.u.o., siete (7) operarios de jardinería, y diez (lo) de limpieza) ni, por ende, los datos laborales de sus contratos, necesarios al objeto de calcular sus costes. "* Tal obligación dice que se deriva, entre otros, el Artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ("La sucesión de empresa"), y más concretamente, y en lo que se refiere al personal jardinero, el Artículo 43 (Cláusula de Subrogación") del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2.013-2.014, publicado en el BOE número 173, de fecha sábado 20 de julio del presente 2.013; y concordantes. Concluyendo que *"Por lo anteriormente expuesto, entendemos necesario que se proceda a la urgente modificación del Pliego de Cláusulas Particulares -en el sentido de facilitarse los datos correctos, ciertos y completos del personal a subrogar (y de sus circunstancias laborales)-, con el fin de que se cumplan todas las previsiones legales necesarias para el buen fin del Concurso; y permitiendo con ello que las empresas interesadas en licitar puedan hacer sus ofertas conociendo cuál va a ser el gasto real al que van a enfrentarse, en el supuesto de resultar adjudicatarias del mismo; máxime cuando tal corrección no supondría daño para tercero, dado que aún se está en plazo de presentación de ofertas."*

El informe del órgano de contratación señala que ya en expedientes anteriores ha señalado a los licitadores que *"en cuanto a la posible aplicabilidad de las previsiones establecidas en el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, respecto a la información a facilitar a las empresas licitadoras sobre el personal a subrogar, el criterio que se aplica en la Entidad es que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público no resulta de aplicación directa a los expedientes de prestación de servicios que adjudique AENA; ya que a estos contratos se les aplica un régimen de contratación específico previsto en la Disposición Adicional 4a de la Ley 48/1998 y en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de*

contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, disposición que entró en vigor el 1 de mayo de 2008, y que no contiene precepto similar al mencionado artículo 104 de la Ley 30/2007..." y que "la subrogación de personal constituye una cuestión ajena a AENA, por cuanto que lo que se contrata es la prestación de un servicio, con sustantividad propia e independencia, en el que se pueden adoptar las medidas necesarias a efectos de garantizar el nivel de calidad en la prestación de dichos servicios, con independencia del personal concreto que asigne la empresa adjudicataria, o que se vea obligado a asignar por aplicación del convenio colectivo aplicable". Añade que "El presupuesto del expediente no contempla ninguna partida específica de personal ni medios materiales, limitándose a una cantidad fija mensual para todo el servicio y una cantidad fija por actividad de limpieza de caucho de la pista de vuelo."

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en relación con el 41.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en lo sucesivo), habida cuenta de que AENA Aeropuertos tiene la condición de empresa pública estatal que desarrolla actividades de gestión aeroportuaria de las contempladas en el artículo 12 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y el expediente a que se refiere la reclamación es un contrato de servicios incluido en el ámbito de la Ley citada, por la categoría (servicios de mantenimiento: artículo 15.1 y Anexo II A de la Ley 31/2007, de 30 de octubre) y el importe (superior a 400.000 euros: artículo 16.a).

Segundo. El recurso ha sido presentado en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, habiendo el recurrente anunciado al órgano de contratación su voluntad de interponer recurso.

Tercero. Por lo que se refiere a la legitimación para interponer el recurso por la Asociación, la legitimación asociativa ligada al objeto del contrato ha sido reconocida por reiterada doctrina de este Tribunal, como la Resolución 130/2011, por lo que ahora no es discutible.

Cuarto. El artículo 120 del TRLCSP, que establece la información a facilitar a los licitadores dispone que: *“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.”*

Pues bien, de modo prioritario ha de observarse si, como defiende el órgano de contratación, tal obligación, como no recogida expresamente en la Ley 31/2007, no le es de aplicación.

A estos efectos, la Disposición adicional octava del TRLCSP, se refiere a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, disponiendo en su apartado 2:

“2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso, se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.”

Y de acuerdo con los arts. 3 y 15 de la 31/2007 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como con el umbral establecido en el art. 16. a) de la misma, el presente contrato se rige por tal Ley. Por tanto, y apriorísticamente, y ya que no hay previsión de supletoriedad

general del TRLCSP en ninguno de ambos textos normativos, sería atendible lo señalado por el órgano de contratación.

Pero entiende este Tribunal que es necesario superar esta interpretación literal en favor de una interpretación contextual y teleológica, conforme al art. 3 del Código Civil, atendiendo al objeto y finalidad de las obligaciones contenidas en el art. 120 TRLCSP: Como decíamos, entre otras muchas (Res. 172/2013, 292/2012, 134/2013, 181/2011 156/2013), en la Resolución 75/2013, "*El fundamento de tales obligaciones estriba, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, en "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,..."*"; Si bien en la 156/2013 apuntábamos además a que, con ello, se cumplía la necesaria igualdad entre licitadores, pues en caso contrario resultaba beneficiado el contratista saliente, al contar con mayor información sobre tal esencial cuestión.

Pues bien, Ley 31/2007 no es ajena a estos principios; su art. 19 señala que "*Principios de la contratación.*

Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia."

Por lo que, en aplicación de los mismos (igualdad y transparencia, esencialmente), y en atención a la finalidad que cumplen las obligaciones impuestas por el art 120 TRLCSP, entendemos que éstas son de aplicación a la licitación que nos ocupa.

A mayor abundamiento, y de conformidad con la Disposición Adicional octava ya citada, en aquel caso en que por el umbral cuantitativo no se aplicase la Ley 31/2007, resultaría de aplicación el TRLCSP y, por tanto, su art. 120, no existiendo razón alguna para que, respecto de una contratación de mayor entidad, pueda entenderse inexistente una obligación que sí existiría de no superarse tal umbral cuantitativo.

Debemos añadir que en alguna otra Resolución, como la 257/2012, se ha considerado aplicable a una contratación similar realizada por AENA el art. 120 del TRLCSP, si bien la cuestión de tal aplicación no se había suscitado de forma expresa.

Quinto. Sentado lo anterior, y en cuanto al alcance de tal art. 120 TRLCSP, señalábamos en las Resoluciones citadas que, de acuerdo con esta disposición, la Administración contratante debe facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. Y para ello, la empresa que viniera prestando el servicio, está obligada a su vez a facilitar esa información al órgano de contratación.

Ello no significa que en el pliego deba contenerse una cláusula de subrogación, pues, como decíamos por ej. en la Resolución 75/2013, *"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 del trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social."* Apoyándonos al efecto en el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005, citado en la Resolución 271/2012, que consideraba que del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral no corresponde conocer a la Administración contratante ni a la Jurisdicción contenciosa, siendo que el PCAP tiene su contenido limitado a la regulación de la relación jurídico-administrativa, y no la laboral de las relaciones existentes entre el adjudicatario y sus trabajadores.

Pero, pese a ello, señalábamos que *"aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación"*; dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP.

Por ello, en caso en que no existiera tal previsión, como el tratado por la Resolución 156/2013, desestimábamos el recurso. Cuestión distinta es qué sucede cuando, como en el caso que nos ocupa, se alega la existencia de un convenio que sí contemplaría la subrogación, respecto del que nada dice el órgano de contratación. Tal Convenio colectivo estatal de parques y jardines, registrado por Resolución de 4-7-2013 y publicado el 20-7-2013, señala: " *Artículo 43. º Cláusula de subrogación.*

1. Subrogación del personal.

Al objeto de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo, la absorción del personal entre quienes se sucedan, mediante cualesquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamientos de servicios, o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente Convenio, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo.

En lo sucesivo, el término contrata se entiende como el conjunto de medios organizados (fundamentalmente mano de obra) con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del Convenio, ya fuere esencial o accesoria, que mantiene su identidad con independencia del adjudicatario del servicio.

En este sentido, engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, excepto cuando el usuario final sea particular y destinado a su uso privativo y residencial, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad, administración pública u organismo público fundamentalmente, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contrata a cualquiera de las Administraciones Públicas.

A) En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o rescate de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores/as de la empresa saliente pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad pública que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicos, sociales, sindicales y personales que disfruten en la empresa sustituida.

Cuando se produzca una subrogación, el personal objeto de la misma deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este convenio, si éste fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. La aplicación de las condiciones del presente convenio se mantendrá hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria.

Se producirá la mencionada subrogación del personal siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos (...)"

En tal caso, debemos armonizar la apariencia de que, efectivamente, hay base para entender que puede existir obligación de subrogación -en orden a decidir sobre la aplicación del artículo 120 TRLCSP-, con la doctrina ya citada acerca de que no corresponde al órgano contratante, ni a este Tribunal (ya que no corresponde al Orden contencioso-administrativo, que revisa sus decisiones) hacer pronunciamientos sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación y, por tanto, sobre la interpretación de los Convenios u otras normas laborales que pudieran ser de aplicación.

Por ello, entendemos que, en supuestos como el que nos ocupa, en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP- y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, 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; y a hacer constar tal información 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 art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso presentado por D. J.M.H.A. en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) contra los pliegos de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas en el expediente número: AGP 240/13. Título: Servicio de mantenimiento integral campo de vuelo y urbanización Aeropuerto de Málaga- Costa del Sol, de AENA, con el alcance señalado en nuestro último fundamento de Derecho.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.