

**Recurso 16/2017****Resolución 35/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de febrero de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL GESTIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE S XXI, S.L.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el procedimiento de contratación denominado “*Servicios para la realización de talleres de manualidades y actividades socioculturales, artísticas y recreativas, en los Centros de Participación Activa para personas mayores de Cádiz y provincia adscritos a la Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social de Cádiz*” (Expte. SVC/06/2016), tramitado por la mencionada Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Con fecha 13 de enero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 8 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de la licitación por



procedimiento abierto y tramitación urgente del contrato mencionado en el encabezamiento de esta Resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 273.754,80 euros y su objeto se encuentra dividido en tres lotes.

**SEGUNDO.** Con fecha 23 de enero de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL GESTIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE S XXI, S.L.L. (en adelante SENDA) contra el pliego de prescripciones técnicas rector del mencionado procedimiento de adjudicación, solicitando además su suspensión.

**TERCERO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de fecha 24 de enero de 2017, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del citado recurso y se le solicita informe sobre el mismo, así como alegaciones sobre la petición de suspensión realizada por la recurrente, el expediente de contratación, y el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación. La mencionada documentación tuvo entrada en el registro de este Tribunal con fecha 26 de enero de 2017.

**CUARTO.** La Secretaría del Tribunal, el 31 de enero de 2017, concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, siendo así que en el plazo concedido ha presentado alegaciones la entidad LA MAGA TRABAJO SOCIAL, S.L. (en adelante LA MAGA).

**QUINTO.** Con fecha 1 de febrero de 2017, este Tribunal acordó adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la entidad recurrente.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante), 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la 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.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

*(...)*

*c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”*

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, 7/2016,



de 20 de enero y 77/2016, de 21 de abril, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.



El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 273.754,80 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración pública y el objeto del recurso es el anuncio y los pliegos que rigen la licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.b) y 2.a) del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 13 de enero de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso en el Registro de este Tribunal el 23 de enero de 2017, aquel se presentó dentro del plazo legal indicado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente combate en síntesis el contenido del Anexo III del pliego de prescripciones técnicas relativo al personal de obligada subrogación ya que



considera que en la lista aparecen algunos trabajadores que no resultan indispensables para la prestación del servicio objeto del procedimiento de contratación.

Argumenta la recurrente que, según el presupuesto de licitación del presente contrato, se establece un precio hora trabajada de 15 euros; en este sentido, manifiesta que los requisitos mínimos de formación y experiencia del personal que ha de ejecutar el servicio se corresponden con la categoría de monitor no contemplándose, por tanto, la figura del coordinador.

Sin embargo -afirma la recurrente- figura como Anexo III del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) el listado de personal a subrogar, facilitado por la anterior adjudicataria donde se incluyen tres coordinadores, todos ellos, con contrato de duración indefinida y jornada completa.

Sobre ello, la recurrente considera que la entidad prestataria del servicio ha incluido a este personal como traba para el resto de licitadores ya que la futura adjudicataria obligatoriamente se tiene que subrogar en el mismo. Manifiesta, que el órgano de contratación debió haber velado, por un lado, para que en la lista del personal a subrogar que facilitó la entidad que presta el servicio constaran las personas que de manera justificada sean imprescindibles para su ejecución, y de otro, para que sus condiciones laborales estén acordes con la prestación del servicio en cuanto al tipo de contrato y jornada.

La recurrente expone que estos coordinadores tienen contratos indefinidos a tiempo completo y una antigüedad desde el año 2006 y que, por tanto, si se da el caso de que el contrato no se prorroga o si la licitación posterior se retrasa en su tramitación, la futura adjudicataria tendrá que abonar salarios y seguros sociales sin que hubiera prestación. Además, argumenta que prueba de que estos trabajadores no coordinan este servicio es que no había personal subrogado en la anterior licitación, por lo que infiere que estos coordinadores son personal propio de la empresa y que se han incluido en la lista de personal a subrogar para desequilibrar económicamente la licitación.



De esta forma, la recurrente argumenta que en caso de seguir siendo obligatoria esta subrogación de personal ello -como hemos mencionado- desequilibraría económicamente la licitación y es por ello que solicita que se anule la misma.

Por otro lado, el órgano de contratación alega en el informe remitido con ocasión del recurso que su obligación se circunscribía a informar de las circunstancias relativas al personal a subrogar, y que en este sentido se ha de estar a la información que suministre el anterior contratista. Manifiesta que en cumplimiento de lo anterior el órgano de contratación le solicitó a la entidad LA MAGA la relación de personal con derecho a subrogación y que la información por ella suministrada es la que se incorporó en el Anexo III del PPT.

Finalmente, argumenta el órgano de contratación que no considera que se haya producido una traba a la libre concurrencia teniendo en cuenta que se han presentado diez licitadores.

La entidad LA MAGA -actual prestataria del servicio-, manifiesta en sus alegaciones que el convenio colectivo de aplicación prevé la subrogación obligatoria por cambio de la entidad que presta el servicio objeto de la licitación de todos los trabajadores fijos con la única excepción de aquellos que no hayan prestado sus servicios en el centro o espacio de trabajo durante los cuatro meses anteriores a la finalización del anterior contrato. Es por ello, que considera que la nueva adjudicataria tendrá que respetar la relación que remitió al órgano de contratación con las condiciones laborales que en ella aparecen.

Con relación a los coordinadores que aparecen en la lista, expone la entidad LA MAGA, que este personal son monitores que además atienden las incidencias que puedan surgir, bajas, unifican el material, realizan las compras, etc. y que es por ello que se encuentran contratados con una jornada laboral superior y percibiendo también un salario más alto. En este sentido, argumenta que aunque esta figura no se contempla en los pliegos tampoco se prohíbe y que no se puede privar a los trabajadores de su cualificación profesional. Por todo ello, solicita la desestimación íntegra del recurso.



**SEXTO.** Visto el motivo en que se fundamenta el recurso presentado procede, en primer lugar, reproducir la regulación contenida en los pliegos con relación a la subrogación del personal, en segundo lugar, estudiar la incidencia del convenio colectivo de aplicación y, finalmente, analizar el objeto de la impugnación.

La cuestión objeto de controversia -la subrogación- aparece regulada en la cláusula 6.11 del PPT donde se especifica que: *“el servicio de talleres se viene prestando mediante la empresa LA MAGA que de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Convenio Colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural, se adjunta como Anexo III la relación de los trabajadores afectados, incluyendo la categoría, jornada, antigüedad y tipo de contrato”.*

Efectivamente como Anexo III del PPT aparece una lista del personal a subrogar entre los que se recogen como personal adscrito al servicio tres coordinadores con contrato fijo y a jornada completa -dos de ellos con antigüedad desde el 2006 y uno desde el 2011- y siete monitores con contrato fijo-discontinuo y distinto tipo de jornada.

De lo hasta ahora expuesto, se ha de manifestar que en el presente supuesto nos encontramos con que la obligación de subrogación no se deriva *per se* de lo dispuesto en los pliegos sino que dicho deber nace del convenio colectivo de aplicación; por ello, el PPT recoge el listado de aquel personal al que le resulta de aplicación la subrogación según los datos facilitados por la actual prestataria y en cumplimiento del artículo 120 del TRLCSP, como será posteriormente objeto de análisis.

Con relación a la norma convencional de aplicación, ambas partes reconocen que es el Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural que se registra y publica por medio de la Resolución, de 3 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo en el Boletín Oficial del Estado número 168 de 15 de julio de 2015.



El mencionado convenio incluye en su artículo 19 la clasificación del personal al que le resulta de aplicación el *“Grupo IV. Personal de atención directa en el ocio y tiempo libre educativo”*; dicho grupo profesional incluye los siguientes puestos de trabajo: *“el coordinador de actividades y el monitor de ocio y tiempo libre”*. Por tanto, este Tribunal concluye que ambos puestos de trabajo -monitores y coordinadores- se encuentran dentro del mismo grupo profesional y les resulta de aplicación el convenio.

Por otro lado, el artículo 38 del convenio prevé el derecho de subrogación *“por cambio de titularidad en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las empresas afectadas por el convenio y sus clientes que será aplicable a todos los trabajadores y trabajadoras fijos”*.

Se concreta en el mismo precepto que *“el nuevo titular no tiene obligación de subrogarse en la relación laboral del trabajador o trabajadora que no haya prestado sus servicios en el centro o espacio físico de trabajo correspondiente durante los últimos cuatro meses inmediatamente anteriores a la finalización del anterior contrato, servicio o titularidad”*. A sensu contrario, resulta claro que la obligación de subrogación nace con respecto a todos los trabajadores fijos que lleven prestando el servicio en los correspondientes centros dentro de los cuatro meses anteriores a la finalización del contrato, sin que el precepto realice otras excepciones.

Con respecto a la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo tenemos que que traer a colación -como anteriormente se avanzaba- el artículo 120 del TRLCSP, que establece que *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse 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 este”.*

Este precepto ya ha sido interpretado en muchas ocasiones por los distintos Tribunales, así por ejemplo se indica en la Resolución 232/2016, de 4 de octubre, de este Tribunal invocando a su vez la Resolución 96/2015, de 30 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con relación a la concreta la obligación de información del órgano de contratación contenida en el artículo 120 del TRLCSP que:

*“a. 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.*

*b. En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa al tipo de contrato, antigüedad y salario, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todos los licitadores”.*

De lo anteriormente expuesto se infiere que el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP anteriormente citado se concreta en el deber del órgano de contratación de facilitar bien en el propio pliego, bien 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. En este sentido, la recurrente pretende que el órgano de contratación rectifique la lista al considerar que no todas las personas que se encuentran en la misma son imprescindibles para la ejecución del servicio.

Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta que en el Anexo III relativo al personal a subrogar aparecen la antigüedad, tipo de contrato, jornada y lote de adscripción, datos suficientes para que el licitador pueda a los efectos del mencionado precepto calcular los costes de personal necesarios para poder presentar una oferta.

Además, el personal que aparece en la mencionada relación pertenece al mismo Grupo IV. *“personal de atención directa en equipamientos de cultura de proximidad y proyectos socioculturales”* dentro de la clasificación profesional incluida en el artículo 19 del convenio colectivo de aplicación. Con ello, a juicio de este Tribunal ha quedado cumplida la obligación del órgano de contratación de facilitar una información completa y veraz, que no queda desacreditada por las manifestaciones vertidas por la recurrente -sobre la hipotética falsedad de los datos-, que además, sería una cuestión a ventilar fuera del ámbito de actuación del órgano de contratación.

En este sentido, será el futuro adjudicatario el que tendrá la ocasión de comprobar la documentación relativa al personal a subrogar cuando el prestador actual le facilite la información relativa a los trabajadores que están prestando el servicio -según se prevé en el mencionado artículo 38 del convenio colectivo- y, si a la vista de la misma no resultase conforme, tendrá que abordar tal asunto en la jurisdicción social.

Por tanto y a los efectos contenidos en el artículo 120 del TRLCSP este Tribunal considera que el órgano de contratación ha actuado conforme a derecho y es por ello que procede la desestimación del recurso.



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

## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso presentado por la entidad **SENDA ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL GESTIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE S XXI, S.L.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el procedimiento de contratación denominado “*Servicios para la realización de talleres de manualidades y actividades socioculturales, artísticas y recreativas, en los Centros de Participación Activa para personas mayores de Cádiz y provincia adscritos a la Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social de Cádiz*” (Expte. SVC/06/2016), tramitado por la mencionada Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal en Resolución de 1 de febrero de 2017.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

