

Recurso 141/2017**Resolución 179/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 15 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BURBUJAS HOSTELERÍA Y SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato denominado “Servicios del programa de actividades acuáticas municipal y desarrollo del programa de natación deportiva en las piscinas municipales” (Expte. PeA 38/2017), convocado por el Ayuntamiento de Coria del Río (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 15 de junio de 2017, se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Coria del Río el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 3 de julio de 2017 en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 151.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 271.256,80 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba



la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es el de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Con fecha 15 de julio de 2017, se presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BURBUJAS HOSTELERÍA Y SERVICIOS EMPRESARIALES, S.L., contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

Dicho escrito de interposición del recurso fue remitido por el órgano de contratación junto con el informe al mismo y el expediente de contratación, teniendo entrada en este Tribunal el 20 de julio de 2017.

CUARTO. Mediante oficios de la Secretaría del Tribunal de 24 de julio de 2017, se dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas, sin que se haya presentado ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del 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.



En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 11 de junio de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Coria del Río (Sevilla), al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios que pretende ser concertado por una Administración Pública y se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del artículo 40.1 del TRLCSP, siendo aquellos susceptibles de recurso especial conforme a lo establecido en el artículo 40.2 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 presente caso, el anuncio de la licitación en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Coria del Río se publicó el 15 de junio de 2017 y en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla el 3 de julio de 2017, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del 3 de julio, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Al haberse presentado el escrito de interposición del recurso por parte de la recurrente el 15 de julio de 2017 en el Registro del órgano de contratación, el mismo se presentó dentro del plazo legal indicado.

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

La recurrente solicita en su recurso que se anule el pliego de cláusulas administrativas particulares basándose en dos motivos.

En primer lugar, ataca en su escrito de recurso la obligación establecida en el pliego de subrogar a los trabajadores, ya que en el momento de la publicación de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia el contrato con la anterior empresa estaba finalizado, al haber concluido el 30 de junio de 2017.

Combate la recurrente, como segundo motivo, la previsión del pliego relativa a la imposibilidad de sustituir al personal sin el previo consentimiento del responsable del contrato, impidiendo la incorporación del personal con que cuenta la propia empresa lo que, a su juicio, beneficia al antiguo contratista, ya que sus trabajadores realizan sus funciones en diferentes sedes.

Al respecto, señala el órgano de contratación en su informe que la obligación de



subrogación viene impuesta por las normas laborales (Convenio Colectivo y artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) y no por el contrato mismo.

Asimismo, sigue señalando el órgano de contratación que durante el verano no ha permanecido abierta la piscina de invierno, que es donde se desarrollaba el servicio en el contrato anteriormente vigente, reanudándose la actividad a partir del próximo mes de octubre de este mismo año, procediendo la subrogación conforme al Convenio aplicable al incluir la actividad a desarrollar a partir de octubre.

Por último, solicita el órgano de contratación en su informe la imposición de multa a la recurrente por temeridad y mala fe, en los términos del artículo 47.5 del TRLCSP, dado que es la segunda vez que recurre el PCAP, ocasionando, en la práctica, la parálisis reiterada de la Administración en la tramitación de este y otros expedientes.

SEXTO. Expuestas en el anterior fundamento las alegaciones de las partes, procede abordar ahora los motivos del recurso.

La cuestión objeto de controversia -la subrogación- aparece regulada en la cláusula 13 del PCAP donde se especifica que *“El contratista se atenderá a la legislación vigente, y en concreto, a lo previsto en el correspondiente convenio colectivo en materia de subrogación en los contratos laborales del personal afectado por el presente expediente de contratación. En el Anexo X se incluirá, en su caso, el personal que tenga contratado la empresa que actualmente tenga contratado el servicio, con los datos reflejados en el mismo. En dicha Anexo se incluirá, asimismo, el Convenio Colectivo aplicable por la empresa saliente y por la entrante”*, recogiéndose, efectivamente, como Anexo X del PCAP el listado del personal a subrogar.

De lo hasta ahora expuesto, se ha de manifestar que en el presente supuesto la obligación de subrogación no deriva *per se* de lo dispuesto en los pliegos, sino que dicho deber nace del convenio colectivo de aplicación; por ello, el PCAP 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



TRLCSF, como será posteriormente objeto de análisis.

Con relación al convenio de aplicación, según se señala por el órgano de contratación en su informe, es el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios que se registra y publica por medio de la Resolución, de 19 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo en el Boletín Oficial del Estado número 239 de 2 de octubre de 2017.

El mencionado convenio en su artículo 25 prevé el derecho de subrogación señalando que *“Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo.”*

Con respecto a la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo tenemos que traer a colación -como anteriormente se avanzaba- el artículo 120 del TRLCSF, 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 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 obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligados al anterior concesionario depende de lo dispuesto en el convenio y debe regirse por las estrictas normas que la disciplinan. Así, teniendo en cuenta que el contrato que se licita versa sobre el mismo objeto del anterior procederá la subrogación en los términos previstos en el propio convenio, sin que tenga trascendencia el hecho de que la publicación de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia sea de fecha 3 de julio de 2017.

Así, lo que pretende la recurrente es que se suprima una obligación que no viene



impuesta por el contenido de los pliegos, sino por propio convenio, sin que pueda este Tribunal atender a las pretensiones de la recurrente pues la actuación del órgano de contratación ha sido conforme a derecho y es por ello que procede la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. Con respecto al segundo motivo, esto es, la previsión del pliego relativa a la imposibilidad de modificar al personal sin el previo consentimiento del responsable del contrato, establece el PCAP en su cláusula 12 lo siguiente:

“12. Ejecución del contrato.

(...)

El contratista no podrá sustituir al personal facultativo adscrito a la realización de los trabajos, sin la expresa autorización del responsable del contrato. El contratista está obligado a guardar sigilo respecto de los datos y antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo..”

A este respecto, la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) establece que *“El adjudicatario deberá contar con el personal necesario para llevar a cabo la prestación de todos los servicios objeto del presente contrato, tanto en número como en cualificación profesional, garantizando el ininterrumpido desarrollo de los servicios.”* Recogiendo dentro de la cláusula 5 del citado PPT, *“Descripción de los servicios”*, el *“Servicio sanitario”*. En este sentido, establece la citada cláusula que:

“Para las temporadas de verano, se dispondrán en horario del baño libre servicio sanitario con titulación en Medicina; D.U.E o ATS y que desarrollará las siguientes funciones:

- Primera Atención en la propia instalación de los accidentes o incidencias sanitarias que se produzcan durante el horario de baño de la Piscinas de Verano.*
- Realización de curas*
- Custodia y revisión periódica del material sanitario del botiquín.*
- Revisión periódica del funcionamiento desfibrilador que disponga la instalación para su correcta utilización caso de ser necesario.*
- Aviso al 061 en caso de que fuera necesaria su servicio.”*



Como se extrae de lo anteriormente expuesto, la autorización a que refiere el PCAP se circunscribe únicamente respecto del personal facultativo, previsión esta que tiene su lógica si nos atenemos a la titulación requerida a este personal y las tareas a realizar.

Resulta evidente que tal previsión se enfoca única y exclusivamente a verificar por parte del responsable del contrato si el nuevo personal que, en su caso, vaya a prestar sus servicios cumple los requisitos de titulación exigidos en el pliego, de modo que se asegure la correcta ejecución del servicio.

Por tanto, ningún reproche de legalidad cabe formular por este Tribunal a la citada cláusula procediendo desestimar este motivo de recurso.

OCTAVO. En relación a la solicitud de imposición de multa formulada por el órgano de contratación, al respecto, el artículo 47.5 del TRLCSP dispone que *“En el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores.(...)”*

La temeridad puede concurrir cuando el recurso se interpone sin ningún apoyo argumentativo ni fundamento jurídico, mientras que la mala fe presupone un abuso en el derecho al recurso que altera la finalidad de este como medio para obtener la tutela de un derecho o interés legítimo, usándolo torcidamente para causar daño a los adjudicatarios y a la entidad contratante.

En el supuesto examinado, este Tribunal no aprecia una voluntad clara de causar daño a la Administración con la interposición del recurso. Sí es cierto que el recurso se apoya en argumentos que, legalmente, son inconsistentes tras un examen jurídico de la cuestión, pero en la medida que precisan de ese análisis previo, no puede considerarse sin más como un recurso absolutamente infundado.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BURBUJAS HOSTELERÍA Y SERVICIOS EMPRESARIALES, SL** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicios del programa de actividades acuáticas municipal y desarrollo del programa de natación deportiva en las piscinas municipales” (Expte. PeA 38/2017), convocado por el Ayuntamiento de Coria del Río (Sevilla).

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. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

