



**Recurso 867/2014 C.A. Castilla-La Mancha 073/2014**

**Resolución nº 872/2014**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

**VISTO** el recurso presentado por D. <sup>a</sup> M. J. S. P., en nombre y representación de la compañía mercantil EULEN, S.A., contra el Acuerdo del órgano de Contratación de exclusión de su oferta en la licitación para la contratación del "*Servicio de limpieza del Palacio Provincial y locales y servicios anexos ubicados en el Edificio Vargas*" de la Diputación Provincial de Toledo, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El procedimiento abierto para la contratación del servicio referido con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, por un importe total de 427.270,56 € IVA incluido y una duración del contrato de dos años con posibilidad de prórroga por dos más, fue convocado con anuncios en el DOUE de fecha 19 de junio de 2014, en el BOE núm. 163 de 5 de julio, y en el Boletín Oficial de la Provincia núm. 143, de 26 de junio del mismo año.

**Segundo.** En lo que nos interesa, el apartado 6.7.m) del PCAP exige que se presente con la oferta "*Declaración responsable mediante la que se comprometa el licitador a subrogarse en los contratos de los trabajadores que vinieran prestando los servicios*", e incorpora un anexo I donde especifica los trabajadores objeto de subrogación detallando 8 limpiadoras y un responsable de equipo.

La cláusula 6.7.3 del PCAP exige integrar en el sobre C un "Programa de trabajo" que, según el órgano de contratación en su informe, "*no será objeto de valoración pero que tendrá la consideración de documento contractual a todos los efectos*", y en el que se detallará, entre otras cuestiones, la "*Organización de turnos y del personal, especificando número de trabajadores y categorías de los que se adscribirán al servicio...*"

La cláusula 3º del PPT exige que el contratista mantenga una plantilla constante del 100% del personal objeto de contrato. Señalando igualmente que *"en cuanto a la subrogación el adjudicatario estará a lo dispuesto en el Convenio Colectivo en vigor"*.

**Tercero.** La apertura pública de las ofertas se produjo el 12 de agosto. La Mesa de Contratación, en sesión de 6 de octubre., acoge lo expuesto en un informe emitido con fecha 28 de septiembre de 2014 por la Directora del Área de Servicios Generales y Empleo, que indica respecto de la oferta formulada por la mercantil recurrente, que: *"...del literal de lo ofertado resulta que la empresa no garantiza la subrogación de todos los puestos de trabajo relacionados en el Anexo I del Pliego."*; excluyendo de valoración la oferta de la recurrente.

El acuerdo fue notificado el 15 de octubre de 2014 a la aquí recurrente.

**Cuarto.** Con fecha 24 de octubre de 2014 se interpuso el presente recurso, en que se aduce que no existe resolución motivada que acuerde la exclusión de su oferta, pues no consta que se haya adoptado por el órgano competente -considerando que la Mesa no lo es- ni está motivada en forma, pues *"ni incluye la motivación que -según su propio tenor- obra en un informe técnico que no se pone a disposición del licitador teóricamente excluido, ni explica por qué la oferta de mi mandante no garantiza la subrogación del personal"*.

También se razona que la subrogación del personal está garantizada por la aplicación del propio convenio y el derecho que asiste a todos los trabajadores afectados a hacerlo valer ante la Jurisdicción social, siendo una cuestión ajena a la contratación administrativa, y añade que, en todo caso, la licitadora recurrente incluyó en su oferta un compromiso de subrogación del personal, *"con lo que la subrogación estaba plenamente garantizada"*.

Por ello, suplica con carácter principal que se estime el recurso con el efecto de retroacción de las actuaciones al momento anterior a la clasificación y valoración de ofertas, y se admita a valoración su oferta; y con carácter subsidiario que *"se ordene comunicar a mi representada la resolución expresa por la que se le excluye, debidamente motivada y con todas las garantías."*

**Quinto.** El órgano de contratación, en su informe, señala resumidamente que la motivación del acto de trámite comunicado de la Mesa de contratación resulta suficiente y ha servido a

la licitadora para interponer el recurso que se formula, ya que *“En el presente caso la comunicación de la Mesa de Contratación define con precisión, aunque resulte concisa, el motivo de la exclusión: “no garantiza la subrogación de todos los puestos de trabajo relacionados en el Anexo 1, conforme a lo establecido en la cláusula tercera del Pliego de Prescripciones Técnicas”.*

Por otra parte, señala que la exclusión procede, pese al compromiso de subrogación, por la *“discordancia entre el documento relativo a “obligación de subrogación” que exige el sobre A de Documentación General y el “Programa de Trabajo” que presenta el licitador como documento contractual en el Sobre B.”*

Así, continúa indicando que *“En el informe de valoración que integra el expediente y que motiva la exclusión de la Mesa de Contratación se concreta respecto de la oferta técnica objeto de recurso lo siguiente: “En la página 17 de su Programa de Trabajo presentan una planificación del personal de la que resulta que al servicio se adscriben 2 encargados, 6 limpiadores y 2 especialistas, plantilla no coincidente con la necesaria a subrogar según Anexo 1 (8 limpiadoras y un responsable de equipo). En el apartado “Centro” del Documento se indica “Agencia Efe”....*

*La cuestión en consecuencia es la de que el defecto material que padece la plica del recurrente en cuanto a que el Programa de Trabajo presentado y que resulta según el pliego de cláusulas documento contractual, no respeta el compromiso del licitador exigido en el Sobre A del Pliego de Cláusulas Administrativas, no puede enervar la admisión del licitador basado en la cuestión formal del acto de comunicación de exclusión por la Mesa de Contratación.” De modo que “lo cierto es que el programa de trabajo presentado por el licitador no garantizaba al 100% la plantilla existente al reflejar 2 encargados, 6 limpiadores y 2 especialistas, y no 8 limpiadoras y un responsable de equipo, salvo que vía aclaración hubiere resultado modificado o rectificado el programa de trabajo propuesto.”*

Razonando por último que no procedía pedir aclaración al licitador sobre la referida discrepancia, pues *“tal rectificación hubiere supuesto, de conformidad con la doctrina aplicable, modificar la oferta. Todo ello conculcando las condiciones de igualdad respecto de otro licitador, que si ha reflejado la totalidad de personal subrogable, refiriéndolo a 8 limpiadoras y 1 responsable de equipo.”*

**Sexto.** El 3 de noviembre de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación.

**Séptimo.** El 3 de noviembre de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al resto de interesados para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el art. 41 del TRLCSP, en concordancia con la disposición publicada en el BOE de 2 de noviembre de 2012 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, relativa a Resolución de 22 de octubre de 2012, de la Subsecretaría por la que se publica el Convenio de Colaboración con la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

**Segundo.** Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de uno de los licitadores.

**Tercero.** El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP: Por una parte, al referirse a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada licitado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador.

Y en cuanto al acto recurrido, el acto expresamente impugnado debe calificarse como acto de trámite, pues si bien integra el procedimiento no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento, que en el procedimiento de adjudicación es el acto en que aquella se manifiesta. La regla general en nuestro ordenamiento, que se establece en el artículo 107.1 de la LRJPAC, es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de que la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que

ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución. Con carácter excepcional, el artículo 107.1 LRJ-PAC permite recurrir los denominados actos de tramite cualificados, que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Este mismo criterio es el reproducido por el artículo 40, en sus apartados 2.b) y 3, del TRLCSP al disponer que podrán ser objeto del recurso *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”* y que *“los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*

Pues bien, el acto que nos ocupa, como hemos visto, está incluido de modo expreso en el art. 40 del TRLCSP como acto de trámite cualificado.

**Cuarto.** La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo que se recurre y este recurso.

El recurrente no ha presentado el anuncio previo del recurso al que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP. Sin embargo, y a pesar del tenor taxativo del precepto este Tribunal, como ya ha señalado en resoluciones anteriores, considera que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere esta, se va a interponer el pertinente recurso. Esta circunstancia podría considerarse necesaria cuando la interposición se realice directamente ante el registro de este Tribunal, pero no cuando la interposición se realice ante el órgano de contratación pues, en este caso, es evidente que la propia interposición asegura el cumplimiento de la intención del legislador. Incluso en el supuesto de que el

recurso se presente directamente ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la Ley de Contratos del Sector Público obliga a éste a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe. Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como es el caso del expediente en cuestión, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso.

**Quinto.** Entrando en el fondo del asunto, entiende este Tribunal que hay que atender de modo prioritario a decidir sobre la pretensión principal, pese a que se argumente antes en el recurso la subsidiaria, puesto que el acogimiento de esta subsidiaria supondría alargar innecesariamente el procedimiento si lo procedente fuera acoger la principal.

En todo caso, consideramos que el acuerdo de exclusión sí adolece de insuficiente motivación, ya que, habiendo presentado un compromiso de subrogación del personal, difícilmente podía el licitador comprender las causas de su exclusión derivadas de la apreciación de una discrepancia con el Plan de Trabajo a que dicho acuerdo no hacía mención. Y la falta de conocimiento de este extremo impedía a la recurrente articular con plenitud de armas su recurso, pues no ha podido hacer alegación alguna sobre la concurrencia y razones de tal discrepancia.

Recordemos a estos efectos que, en cuanto a la notificación y motivación del acuerdo de exclusión, el criterio reiterado en numerosas Resoluciones de este Tribunal (sirva como referencia entre otras muchas la nº 33/2014, de 17 de enero), que la exclusión ha de estar motivada de forma que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada. De acuerdo con el artículo 151.4 del TRLCSP: *“4. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta”*.

**Sexto.** Ello no obstante, el Tribunal entiende que la falta de motivación no produce indefensión en el caso presente toda vez que la mercantil recurrente ha fundamentado su recurso en argumentos que desvirtúan la decisión de exclusión adoptada por el órgano de contratación.

Así, una evaluación sistemática de la oferta presentada por el recurrente permite aceptar, en contra de lo aducido por el órgano de contratación, que la tal oferta es conforme con la obligación de subrogar en el contrato a la totalidad de la plantilla preexistente en las mismas condiciones laborales y de antigüedad que mantienen en la actualidad. Así se deduce no solo por el compromiso expreso contenido en su oferta obrante en el expediente, suscrito el 7 de agosto de 2014 y al que se refiere el recurrente en sus alegaciones, cuya lectura no deja lugar a dudas sobre la voluntad del licitador de cumplir estrictamente la citada obligación, sino también por su propia oferta económica, en la que claramente desglosa los diferentes costes y al especificar los de carácter salarial considera como tales en la columna de categoría profesional a 8 limpiadores y 1 responsable de equipo, que es exactamente la plantilla a subrogar a la que se refiere el Pliego.

En consecuencia, del programa de trabajo presentado por el recurrente, que por otra parte no ha sido considerado como uno de los elementos de valoración de las ofertas en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se podrá deducir que contiene un error, así como otras valoraciones sobre la forma que propone organizar la prestación del servicio pero en ningún caso que implique que el licitador incumple o no garantiza la obligación de subrogar al personal adscrito en la actualidad al servicio de limpieza.

Por tanto, no se trata de aceptar la posibilidad de “aclarar” el error padecido, lo que constituiría más bien una rectificación o modificación de la oferta que supondría una contravención del elemental principio de igualdad de los licitadores de manera que se estaría trasgrediendo el principio de inalterabilidad de las ofertas una vez presentadas con merma del principio de igualdad de trato que merecen todos los licitadores, vulnerando lo dispuesto en el art 139 del TRLCSP, sino de constatar que con arreglo a la oferta presentada no cabe duda de que el licitador sí está asumiendo la obligación de subrogar a la plantilla existente adscrita al servicio de limpieza con sus mismas condiciones laborales, por lo que la exclusión no puede fundamentarse en un incumplimiento inexistente.

A mayor abundamiento, debemos recordar que en materia de subrogación de los trabajadores, 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, 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.

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.

Pero ello no significa que en el pliego deban contenerse obligaciones de subrogación, pues, como decíamos 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.*

En lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto, el órgano contratante no puede interpretar los pliegos que rigen la contratación ni las propias manifestaciones de los licitadores, de tal forma que su exclusión resulte fundada en el presunto incumplimiento de una obligación de subrogación de los trabajadores. Y ello porque, en puridad, tal subrogación no puede constituir, si hemos de observar correctamente el sentido de los preceptos legales que la regulan, una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares al adjudicatario del contrato.

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 interpuesto por D. <sup>a</sup> M. J. S. P. en nombre y representación de la sociedad mercantil EULEN S.A, contra el acuerdo de 10 de octubre de 2014 adoptado por la Mesa de Contratación de la Diputación Provincial de Toledo por el que propone excluir a dicha mercantil de la licitación del procedimiento de contratación del “*Servicio de limpieza del Palacio Provincial y locales y servicios anexos ubicados en el Edificio Vargas*”, estimación que conlleva como efecto anular la exclusión producida, admitiendo la oferta del recurrente que deberá ser valorada junto con las restantes admitidas e incluida en la

clasificación que resulte de dicha valoración que nuevamente deberá ser propuesta al órgano de contratación.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

**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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.