

CORRECCIÓN PCAP Y APERTURA NUEVO PLAZO DE PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES (B.O. DE CÁCERES N ° 0036, 21 DE FEBRERO DE 2017)

EXPEDIENTE 03-2016. CONSULTA NÚMERO 1.

1. Personal mínimo a adscribir al servicio de Peraleda de la Mata.

En el PCAP no consta la asignación de personal mínimo a adscribir al servicio de Peraleda de la Mata.

2. Centros de trabajo de los trabajadores a subrogar indicados en el anexo I.

Según la información facilitada por la actual empresa concesionaria, los trabajadores detallados en el Anexo I como personal subrogable pertenecen al servicio de aguas de Peraleda de la Mata, encontrándose uno de ellos desplazado a Talayuela.

3. Copia de los contratos de los trabajadores a subrogar indicados en el anexo I.

De conformidad con lo establecido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, la Resolución 879/2014, de 28 de noviembre de 2014), cabe señalar que el artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) dispone la obligación de hacer constar en la documentación contractual la información precisa para "*permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida*"; en cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa a la categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario. En esta línea, la información a suministrar aparece reflejada en el anexo I del Pliego, completándose la misma con los siguientes datos:

- El grupo profesional al que pertenecen los trabajadores es el GP2B. Adjuntamos copia del Convenio aplicable.
- Tipo de contrato: Ordinario indefinido T.C.

4. Discrepancias entre suma de los costes de empresa de los trabajadores a subrogar, indicados en el anexo I (total = 65.631,13 €), y cantidad incluida en el estudio de costes (34.000 €, año 1). Se solicita corrección / subsanación.

Los pliegos de condiciones juegan en la contratación del sector público un papel esencial, ya que constituyen el instrumento donde se han de articular y materializar los principios básicos de la contratación pública.

La necesidad de los pliegos se destaca en el Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006), que recuerda que la esta Ley «mantiene la configuración de la contratación pública basada en el carácter de los pliegos como ley fundamental del contrato, sobre la base de la libertad de pactos sometido al principio de legalidad y en las prerrogativas exorbitantes del derecho privado que se reserva la Administración».

El carácter formalista de la contratación pública exige siempre la existencia de al menos pliegos de cláusulas administrativas particulares (con la única excepción de los contratos menores y los contratos adjudicados por el sistema de «diálogo competitivo»), mientras que los pliegos de prescripciones técnicas pueden ser sustituidos por otros «documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades» según prevé el art. 116.1 del TRLCSP.

Los pliegos, especialmente el pliego de cláusulas administrativas particulares, contienen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones de las partes, formando su contenido parte integrante del contrato, constituyendo la «Ley de contrato» y prevaleciendo sobre el resto de documentos contractuales.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) es el documento esencial del contrato, pues en él se establecen por el órgano de contratación los elementos esenciales del mismo. Así, los PCAP constituyen la norma fundamental de los contratos públicos y su clausulado es elaborado unilateralmente por el contratante.

El elemento más significativo de los PCAP es que recoge las cláusulas que determinan los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones de las partes, formando su contenido parte integrante del contrato. Pero no se agota en ello el contenido de los PCAP; en este aspecto, el contenido del pliego no está completo, pues se ha de integrar con las propuestas de la oferta adjudicataria, y es además la parte del contrato que puede estar sujeto a alguna modificación durante la ejecución del mismo.

La caracterización más generalizada de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con independencia de la naturaleza jurídica que se les atribuya, es su consideración como «norma fundamental del contrato», es decir, es la **ley del contrato**. No en vano esta es la expresión más recurrente siempre que la jurisprudencia, los distintos órganos consultivos o la doctrina, se refieren a los PCAP.

Este carácter de los pliegos de cláusulas administrativas particulares como Ley del contrato se recoge directa o indirectamente en varios preceptos del TRLCSP.

En este sentido, el art. 26.2 del TRLCSP establece la subordinación del documento de formalización del contrato al contenido de los pliegos:

«El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos».

El principio general **pliego *lex contractus*** se deduce del párrafo 3 del art. 115 del TRLCSP:

«Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos».

El art. 145.1 refuerza esta idea, al señalar, en relación con la presentación de proposiciones:

«Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna».

Y en materia de ejecución de los contratos, incide en este principio, el art. 209 del TRLCSP que dispone:

«Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas».

El TRLCSP, como toda la normativa sobre contratación pública anterior, se articula por lo tanto sobre la base del principio de que el pliego constituye la ley del contrato, principio que deriva de la regla que establece para todos los contratos el art. 1091 del Código Civil:

«las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos».

El carácter de los PCAP como «ley fundamental del contrato» y su carácter y «fuerza vinculante» lleva a varios autores a considerar que el pliego es «el contrato mismo», el que le da su «eficacia y virtualidad».

La jurisprudencia también reitera constantemente esta consideración; La referencia a la consideración de los pliegos de condiciones como *lex inter partes* es una constante en los

fallos que enjuician cuestiones relacionadas con los PCAP en todos los órdenes jurisdiccionales: pueden verse, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1992, 12 de febrero de 1998, 21 de enero de 1994, 15 de marzo de 1999, 2 de abril de 1999, 15 de junio de 1999, 19 de septiembre de 2000, 14 noviembre de 2000, 28 de noviembre de 2000, 19 de marzo de 2001, 25 de mayo de 2004, de 20 de noviembre de 2006, de 2 de enero de 2007, STS de 6 mayo 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4 (Recurso de Casación núm. 5680/2006, ponente Sr. Martí García); STS de 29 de abril de 200 (17) (Recurso de Casación núm. 1606/2007; ponente Sr. Martínez-Vares García); STS de 29 de septiembre de 2009 (Recurso de Casación núm. 5947/2007, ponente Sra. Pico Lorenzo), etc.; STSJ La Rioja de 18 septiembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 392/2002); STSJ Andalucía de 30 enero 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª); STSJ de Galicia de 12 de junio de 2002 (recurso 1057/2002, Sala de lo C-A, Sección 1.ª); STSJC de 17 de enero de 2005/23 (ponente Sr. D Alonso Millán).

Se destaca un párrafo significativo al respecto del TS:

«(...) esta Sala tiene reiteradamente declarado (...) que el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye la lex contractus con fuerza vinculante para el contratante y la Administración (...)» (STS de 21-I-1994). »

La proclamación de la **fuerza vinculante** de los PCAP se recoge -de un modo u otro- prácticamente en todas las sentencias que abordan cuestiones relacionadas con la contratación administrativa. Esta consideración de los pliegos como Ley del contrato tiene también traducción negativa, como recordaba la STS de 17 de marzo de 1979:

*«(...) el Pliego de Condiciones es la Ley fundamental del Contrato, a tenor también del principio incluido lo uno, **se interpreta excluido lo demás** (...)».*

El principio de que el PCAP constituye la ley o norma fundamental de los contratos públicos tiene una consecuencia inmediata y directa: **las determinaciones establecidas en el PCAP son de aplicación preferente a cualquier previsión contenida en otro documento contractual.**

Así, en caso de contradicciones entre el PCAP y el de prescripciones técnicas, prevalece aquel sobre éste (a tal efecto, resulta ilustrativo el Informe de la JJCCA 55/1974, de marzo de 1975, que mantenía la preferencia del PCAP frente al PPT en caso de discrepancia en materia de revisión de precios).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado recoge también el principio de que el pliego constituye la «ley fundamental del contrato» de manera constante en sus informes: 2/1999, de 17 de marzo de 1999, 24/04 de 7 de junio de 2004 o 35/04, de 8 de julio. Este último recuerda que «el pliego es *lex contractus* y vincula tanto a la Administración como a los licitadores y al contratante». Cita en ese sentido el informe 65/1996, de 20 de marzo de 1997, en el que se afirmaba que:

«Los pliegos adquieren su relevante importancia en el contrato como ley del mismo, una vez aprobado y adjudicado el contrato al licitador seleccionado como contratista y en este sentido, como "ley del contrato" han sido reiteradamente caracterizados los pliegos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Para garantizar la prevalencia de las estipulaciones del PCAP frente a otros documentos contractuales, debería haberse establecido expresamente en la Ley la regla de la primacía de éstos. Al no existir esta regla por disposición legal, se ha de establecer, bien en el PCAP o en el documento de formalización. El art. 26.1.e) señala como contenido que necesariamente ha de figurar en uno u otro documento «la enumeración de los documentos que integran el contrato». Esa enumeración debería estar jerarquizada (aunque el citado artículo solo prevé el establecimiento de una relación de prevalencias como una «posibilidad»), ordenándose según el orden de prioridad que se estime procedente, para así, y salvo caso de error manifiesto, utilizar el orden pactado para determinar el orden de preferencia de los distintos

documentos contractuales, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.

En este sentido, el PCAP que regula el contrato de gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento en el municipio de Peraleda de la Mata, en su Cláusula Primera, establece de forma expresa, precisa e inequívoca que:

" En el supuesto de discordancia entre el presente pliego y cualquier otro de los documentos contractuales, prevalecerá el pliego de cláusulas administrativas particulares que contiene los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato."

En definitiva, atendiendo a lo razonado, con relación al personal subrogable en la presente concesión, **son los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas los que definen las notas esenciales del procedimiento de licitación así como los derechos y obligaciones del futuro concesionario, mientras que el estudio económico financiero del servicio que incluye el anteproyecto de explotación tiene carácter meramente orientativo, no vinculante.**

A tal efecto, cabe precisar, que el pliego ya ha sido modificado por el órgano de contratación en este punto, como consecuencia del recurso de reposición interpuesto contra su redacción original, señalando la nueva redacción de la cláusula 11ª, que en el ANEXO I del Pliego se especifica el personal subrogable, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 120 del TRLCSP y **sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de la obligación de subrogación.**

A mayor abundamiento, y en íntima conexión con lo expuesto, es preciso destacar que una cosa es la indicación de personal del servicio que se hace en el anteproyecto de explotación, a los efectos de dar una mera orientación acerca de los costes de personal, con un alcance no imperativo, sin perjuicio de la libertad de los licitadores de conformar su propia estructura de costes a efectos de formular el estudio económico y financiero de su oferta (Cláusulas 39 y 40 del PCAP), y otra la mención en el PCAP, conforme a lo exigido por el art. 120 del TRLCSP, de la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Bajo estas premisas, cabe señalar que existirán empresarios que prefieran mantener durante la vida de la concesión la totalidad de personal subrogado, otros por el contrario, que pretendan incentivar la jubilación anticipada, o no sustituir personal jubilado, la movilidad del personal a otros contratos, o que acuerden extinguir la relación laboral. Toda esta estrategia de gestión de los recursos humanos deberá reflejarse en el preceptivo proyecto técnico de la organización de los servicios y metodología de gestión que deberá presentarse por el licitador, cuantificándose en su oferta económica.

De acuerdo con lo indicado parece claro que la indicada contradicción debe resolverse a favor de las previsiones del PCAP; Por último, recordar las potenciales licitadores, como pone manifiesto el informe de Secretaria-Intervención que fundamenta el Acuerdo de este órgano de contratación de fecha 9 de febrero de 2017, que:

- *La obligación de subrogación no constituye ámbito de decisión del órgano de contratación, sino que deriva de los que disponga la normativa de carácter laboral, debiéndose limitar los pliegos a suministrar la información que resulte necesaria a los licitadores al objeto de que éstos formulen sus ofertas con conocimiento de las relaciones y condiciones en las que se han de subrogar. Ni siquiera resultan competentes los órganos administrativos en materia de contratación del sector público para dilucidar cuestiones de carácter laboral derivadas de la subrogación (TARC), debiéndose limitar a fiscalizar el cumplimiento de la obligación de facilitar la información sobre la subrogación a los licitadores. No corresponde al órgano de contratación hacer pronunciamiento sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación, dado que la misma deriva de la normativa laboral, generalmente del convenio colectivo que resulte de aplicación y no de pliegos que rigen dicha licitación.*

- *Si el órgano de contratación estima fundadamente que existe, al menos apariencia de pueda concurrir la obligación de subrogación, debe garantizar la debida información entre las partes afectadas (empresa que deja de prestar el servicio y empresa que empezará a prestarlo), debiendo indicarse en la redacción del PCAP, según la recomendación dada por el TACRC, en la Resolución 879/2014, que la información que se facilita lo es "en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 del TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y alcance de la obligación de subrogación".*