



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

EXP. 03-2016

ASUNTO: RESOLUCIÓN RECURSO DE REPOSICIÓN.

NOTIFICACIÓN

Con relación al Recurso de Reposición interpuesto por FCC AQUALIA S.A. contra el Anuncio de Licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regula el contrato de concesión administrativa para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento en el municipio de Peraleda de la Mata, se notifica, que el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Peraleda de la Mata, en sesión extraordinaria celebrada el día 9 de febrero de 2017, ha adoptado, con el voto unánime de todos los miembros corporativos en el número de siete, el siguiente Acuerdo, cuyo contenido transcrito literalmente dice así:

" PUNTO SEGUNDO.- APROBACIÓN, SI PROCEDE, RESOLUCION DE RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL ANUNCIO DE LICITACIÓN Y EL PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE REGULA EL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DOMICILIARIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN EL MUNICIPIO DE PERALEDA DE LA MATA INTERPUESTO POR FCC AQUALIA S.A.

A continuación, de orden de la Presidencia, el Sr. Secretario procede a dar lectura al contenido de la siguiente Proposición:

" D. Julio César Martín García, Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Peraleda de la Mata, en el ejercicio de atribuciones que le confieren los artículos 91 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, tiene el honor de elevar al Pleno de la Corporación para su aprobación la siguiente:

PROPOSICIÓN

Examinado el recurso de reposición interpuesto y visto el contenido del informe de Secretaría-Intervención de fecha 3 de febrero de 2017, que se reproduce textualmente:

" ASUNTO.- INFORME RECURSO DE REPOSICIÓN. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. Nº 03-2016. CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DOMICILIARIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN EL MUNICIPIO DE PERALEDA DE LA MATA.

A petición del órgano de contratación, en relación con el recurso potestativo de reposición presentado contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que regula el contrato de concesión administrativa para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento en el municipio de Peraleda de la Mata, aprobado por acuerdo de pleno de fecha 17 de noviembre de 2016, y en virtud de lo establecido en los artículos 173 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal, se emite el siguiente,

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Con fecha 17 de noviembre de 2016, por acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Peraleda de la Mata, se aprobó el expediente de contratación mediante procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa con pluralidad de criterios de adjudicación y tramitación ordinaria, para la adjudicación del contrato administrativo de gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento en el municipio de Peraleda de la Mata.*



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

SEGUNDO.- Con fecha 30 de noviembre de 2016 se publicó anuncio de licitación en B.O. de Cáceres número 230 para la contratación del citado servicio, abriéndose un plazo de 20 días hábiles a partir del día siguiente al de la publicación del citado anuncio para la presentación de ofertas.

TERCERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2016 y en el plazo concedido al efecto, tiene entrada en oficina de correos recurso de reposición presentado por D. Francisco Javier Amor Martínez, en nombre y representación de FCC Aqualia S.A., impugnando el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación administrativa, por no considerarlo ajustado a derecho. El día 2 de enero de 2017 tiene entrada en el Registro de entrada del Ayuntamiento de Peraleda de la Mata el señalado recurso de reposición.

El recurso de reposición se fundamenta, resumidamente, en las siguientes alegaciones:

1.- La exigencia prevista en el Anexo I del PCAP de subrogar a un trabajador que lo es del servicio de Talayuela.

2.- La posibilidad contemplada en la cláusula 11ª b - confirmada en el documento de aclaraciones del Pliego - de destinar ese trabajador a "subrogar" a cualquier otro centro de trabajo que no implique cambio de residencia.

CUARTO.- El recurrente solicita la admisión a trámite del recurso de reposición interpuesto contra el referido Pliego y Anuncio de Licitación, solicitando la anulación del Anexo I, procediendo a su modificación en los términos expuestos en el escrito. Solicita también la suspensión del procedimiento hasta tanto no se resuelva el recurso, por ser más que evidente su carácter discriminatorio, favoreciendo al actual adjudicatario de la concesión que se licita, e igualmente, para evitar los daños que originarían al propio Ayuntamiento y a su representada la no suspensión del procedimiento.

QUINTO.- Mediante Providencia de Alcaldía de fecha 16 de enero de 2017 se requiere informe de esta Secretaría-Intervención sobre la procedencia del recurso y la solicitud de suspensión del acto administrativo impugnado, evacuándose el mismo con fecha 20 de enero de 2017.

SEXTO.- Con fundamento en el informe de Secretaría-Intervención de fecha 20 de enero de 2017, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Peraleda de la Mata, órgano de contratación, en sesión extraordinaria celebrada el día 26 de enero de 2017, adopta acuerdo admitiendo a trámite el recurso de reposición interpuesto, acepta la medida cautelar de suspender el procedimiento de adjudicación del contrato y requiere al Secretario-Interventor de este Ayuntamiento, al objeto de que, en el plazo máximo de diez días, emita informe jurídico sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido, publicándose el acuerdo en el perfil de contratante para general conocimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para resolver la cuestión de fondo planteada en el recurso de reposición interpuesto, resulta de aplicación el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -TRLCS-PS-, que reza textualmente:

" Artículo 120. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo

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."

El artículo citado es el único precepto del TRLCS-PS regulador de la subrogación laboral en los contratos del sector público, debiéndose resaltar que no contiene una regulación de las condiciones de subrogación, sino simplemente una obligación de información en la materia.

En este sentido, la información a suministrar se contendrá en los pliegos propios y reguladores de la licitación de que se trate como parte de la documentación que se incorpora al expediente contractual, aunque tal referencia no conste en el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que relaciona el artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; no obstante, puede entenderse incluida dicha obligación entre los derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual (artículo 67.2 n).

Debe dejarse sentado desde un primer momento que los órganos de contratación **no están obligados a incluir la obligación de subrogación en los pliegos.**

El TRLCSP no establece esta exigencia. Si la misma deriva del convenio del sector o del Estatuto de los Trabajadores, **no es relevante jurídicamente que nada dispongan los pliegos, en la medida que la obligatoriedad deriva de la norma laboral.** La obligación de subrogarse en las relaciones laborales del personal deriva de la normativa laboral y afecta de forma totalmente exclusiva a los trabajadores y la empresa adjudicataria, siendo totalmente ajena a ella el órgano de contratación (Resolución 292/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-).

Cabe recordar que hasta la introducción del artículo 104 en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público («LCSP»), el alcance que las previsiones en materia de subrogación del personal en los contratos públicos estuvo definido, básicamente, por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, dictámenes de la Abogacía del Estado y por la doctrina jurisprudencial acuñada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El único precedente normativo sobre esta cuestión se contenía en la Disposición Final Cuarta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (y antes en la Ley 13/1995), que establecía que los órganos de contratación podrían señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la autoridad o autoridades de las que los licitadores podrían obtener información sobre las obligaciones relativas a las disposiciones sobre protección y condiciones de trabajo vigente en el territorio en el que se ejecutará el objeto del contrato, y, en ese caso, el citado pliego debería establecer que los licitadores manifiesten si han tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones.

En los términos redactados, los licitadores recibirían información, a lo sumo, de la existencia de un convenio colectivo en el que se estableciera la obligación de subrogación del personal, pero en ningún caso se preveía que los licitadores dispusieran de la información necesaria de las personas en cuya relación laboral habría de subrogarse en caso de resultar adjudicatario.

En su Informe 33/02, de 23 de octubre de 2002, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, reconoce el derecho del licitador a conocer **«suficientemente»** cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son solo las relativas a la prestación contractual en sí, sino también otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas a la legislación de contratos, siendo tales el **«conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta (...)**».

Fueron estas consideraciones las que a la postre ilustraron la introducción de la obligación de información contenida en el antiguo artículo 104 de la LCSP (hoy artículo 120 del TRLCSP).

La Abogacía del Estado, a diferencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mantuvo inicialmente el mismo criterio que la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Así, en su Dictamen 2/97, establecía como resumen que la subrogación podía producirse por sucesión de empresa cuando se transmita la unidad productiva o los elementos patrimoniales para la explotación del servicio o cuando así lo exija la normativa sectorial o el convenio colectivo, añadiendo, una tercera posibilidad «cuando expresamente se establezca tal obligación en el pliego de condiciones del contrato de servicios en cuestión».

Posteriormente, la Abogacía del Estado, a partir de su Dictamen 43/05, de 29 de junio de 2005, cambia de criterio y, siguiendo la antes citada doctrina de la JCCA, **considera que excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares la introducción de una cláusula de subrogación de personal, sin que pueda imponerle al contratista por esa vía obligaciones de carácter laboral.**

Este mismo criterio es el que siguen aplicando hoy el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales («TACRC»), los Tribunales autonómicos, los órganos consultivos en materia de contratación y algún pronunciamiento de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido, debe destacarse también, entre otros muchos, el Informe 58/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que concluye que **el hecho de no incluir en los**



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

pliegos de cláusulas administrativas particulares que deban regir la adjudicación y ejecución de un contrato la obligación que pueda afectar a la empresa adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo preexistentes para la ejecución del contrato de cuya adjudicación se trate, no es obstáculo para la exigencia del cumplimiento de la misma cuando esté establecida en normas o convenios que sean de aplicación al sector. En efecto, su origen está en la norma o convenio que la establece, y no en la relación contractual para cuya ejecución son instrumentos necesarios los contratos de trabajo sujetos a la obligación de subrogación.

En esta misma línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el Informe 6/2012, 7 de marzo, es clara cuando afirma que, en ningún caso, se puede establecer la obligación de subrogación en los pliegos, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2011, que dispone que «La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, **sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorgue puntos para adjudicación**, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo... », concluyendo el informe que «... La obligación de subrogación del personal en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea en la normativa laboral aplicable y en las condiciones allí recogidas, **debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad**».

En efecto, como bien señala el Informe 6/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, los pliegos o documentación complementaria deben precisar si existe obligación de subrogación y facilitar información a los licitadores sobre los trabajadores susceptibles de ser subrogados para cumplir con lo preceptuado en el artículo 120 del TRLCSP.

De todo lo expuesto se deduce, que aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí se debe facilitar la información sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, cuando tal subrogación este impuesta por el convenio colectivo sectorial o proceda conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. El TACRC, en Resolución 879/2014, aconseja que cuando se facilite esta información se haga constar que 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"**.

Es por todo ello, que **la Administración no debe inmiscuirse en las relaciones entre terceros**, esto es, entre la empresa que deja de prestar el servicio y la que empezará a prestarlo una vez formalizada la adjudicación del contrato. Efectivamente, la obligación de subrogación no es impuesta o excluida por la voluntad del órgano de contratación en los pliegos, sino que vendrá determinada por lo que al respecto determine la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación y en las consideraciones así establecidas, debiendo los pliegos referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el objeto de que las ofertas presentadas tengan en cuenta esta eventualidad para realizar sus cálculos económicos y de otro orden.

Aunque el Pliego nada diga, si el convenio colectivo que afecta a las prestaciones del contrato a licitar determina la obligación de la subrogación, ésta opera perfectamente, sin necesidad de que la Administración se pronuncie a tal efecto. De ello se deriva, que la Administración contratante no puede, a través de los pliegos, exigir el mantenimiento de las personas concretas en sus puestos de trabajo, por cuanto no ostenta potestad alguna en la materia ni respecto a dichos contratos de trabajo, por cuanto excede de su ámbito competencial que, en puridad, es margen del nuevo empresario, que podrá mantenerlos o despedirlos previa indemnización en los términos que prevé el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La Resolución 58/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 10 de mayo de 2013, en la línea comentada, apunta «la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro que lo venía prestando, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de la actividad de que se trate. La información sobre las condiciones de la subrogación permite que los licitadores tengan un conocimiento completo de los elementos que puedan afectar a la estructura económica del contrato, lo que les permitirá conocer todos los extremos precisos para formular sus ofertas. Asimismo, dicha información permite a los licitadores conocer las condiciones del



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

personal, que en caso de resultar adjudicatario, pasará a formar parte de su plantilla empresarial, con efectos inherentes a cualquier relación laboral, entre los que figuran los derechos y obligaciones de contenido económico, incluidos los derivados de la extinción laboral. El adjudicatario ha de ser conocedor de que, en relación al personal que presta el servicio objeto de la licitación, en caso de resultar adjudicatario y por subrogación legal, tendrá que ejercer todas las facultades empresariales asumiendo también todas las obligaciones».

Termina diciendo que «desde la óptica de la contratación pública, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones -por más que sean obligaciones legales-, cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formularlas».

Por otra parte, El TACRC en la Resolución número 292/2015, establece que: «En este sentido, la Resolución 906/2014 de este Tribunal, citada acertadamente por el órgano de contratación, señala que "(...) por tratarse de un deber de información, la jurisprudencia ha afirmado que la obligación de subrogarse es exigible incluso cuando los Pliegos omitan la misma (cfr.: Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 -Roj STSJ PV 4693/2010-) o contengan errores en punto a la identificación de los trabajadores afectados (cfr.: Sentencia del Alto Tribunal, Sala IV, de 13 de noviembre de 2013 -Roj STS 5847/2013-). El órgano de contratación se sitúa así en una posición en la que ha de proceder con extrema cautela, toda vez que, si por un lado es claro que no le incumbe adoptar pronunciamientos propios de la Jurisdicción social (como son los relativos a si existe o no la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del anterior contratista), por otro debe proporcionar a todos los candidatos interesados una información sobre los eventuales costes laborales asociados a la prestación del servicio que, sin duda, es relevante a la hora de que aquéllos puedan decidir si concurren o no al procedimiento y en qué términos deben formular sus ofertas. Esa posición es si cabe más delicada si se tiene en cuenta que Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido recordando que la mera sucesión de contratos de una Administración no es causa que determine, por sí sola, la aplicación del artículo 44 ET salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización de trabajo básica para la explotación (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 -Roj STS 4481/2013-, 13 de febrero de 2013 -Roj STS 993/2013- y 19 de diciembre de 2012 -Roj STS 9066/2012), lo que obliga a analizar entonces qué convenio colectivo resulta aplicable (tarea que puede resultar harto compleja, vistos los artículos 82 y 86 ET) y a efectuar un juicio acerca de si existe o no el deber de subrogación. En esta tesitura, **el criterio de este Tribunal, siempre teniendo presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe, con arreglo al artículo 120 TRLCSP, requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria** (cfr.: Resoluciones 608/2013, 502/2014, 542/2014)»

En definitiva, la obligación del Ayuntamiento de Peraleda de la Mata, como ente contratante, es la de garantizar que **exista la debida información entre las partes afectadas** (empresa que deja de prestar el servicio y empresa que empezará a prestarlo); todo ello, en aras de evitar una posible responsabilidad solidaria en materia de posibles despidos como consecuencia de la falta de información al nuevo empresario que presta el servicio, **sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance la obligación de subrogación, ya que la última palabra sobre el tema le corresponderá, en definitiva, a la jurisdicción social.**

A la vista de lo informado, **no corresponde al órgano de contratación** hacer pronunciamiento sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación **pero en el caso de que exista al menos apariencia de que puede concurrir dicha obligación procede facilitar la información en los pliegos o en la documentación complementaria acerca de las condiciones de los contratos de los trabajadores que resulten afectados por la subrogación.** La subrogación del personal del adjudicatario saliente en el entrante es obligatoria aun en el caso de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione. Su no inclusión, como se ha señalado, se considera jurídicamente irrelevante en la medida que la obligatoriedad deriva del convenio colectivo y no del pliego y 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.

La información que debe ofrecerse es la precisa para **«permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida»** y debe hacer constar la relación de trabajadores afectados por la subrogación, con especificación, como mínimo, de la categoría profesional, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

cada uno de ellos. En algunos supuestos, el TACRC ha considerado que la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos (Resolución n.º 25/2015, de 14 de enero). El órgano de contratación está obligado a verificar que la información que facilita es suficiente, no tanto que sea veraz, ya estos aspectos son responsabilidad del contratista.

*La información relativa a las relaciones laborales objeto de subrogación en el nuevo adjudicatario debe exigirse por el órgano de contratación al empresario que hasta entonces ha venido ejecutando el contrato de que se trate, **limitándose el órgano de contratación a ser un mero intermediario** que da traslado a los potenciales licitadores de la información suministrada por la empresa que venga efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar.*

En caso de que el órgano de contratación no facilitase la información de forma completa, el pliego sería ilegal.

Son varias las Resoluciones del TACRC que han anulado los pliegos y, por ende, la licitación cuando se advierte la omisión de los datos previstos en el artículo 120 del TRLCSP o cuando se aprecia que la información es incompleta, insuficiente para la finalidad pretendida de que los licitadores dispongan de los referidos datos para elaborar su oferta. Hay que citar, en este sentido, las Resoluciones n.º 879/2014, de 28 de noviembre de 2014, y n.º 96/2015, de 20 de enero de 2015. Esta última Resolución afirma que «los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato», añadiendo que «es doctrina de este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios». Y, en relación con lo anterior, señala que «[E]s, 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».

Y esto último, ha sido, en definitiva, lo que ha hecho el Ayuntamiento de Peraleda de la Mata, requerir a la actual empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento del municipio para que proporcionase al órgano de contratación la información relativa a los trabajadores susceptibles de subrogación.

En opinión de esta Secretaría-Intervención, carecería de sentido negar que la función del órgano de contratación sea decisiva de cara a la correcta elaboración de las ofertas por los licitadores. La relativización del alcance de la obligación de información supondría de facto abocar a los licitadores en el mejor de los escenarios a prescindir de la obtención de beneficios, a cuyo cargo irán esos sobrecostes, o, incluso, generarles pérdidas continuadas durante la vigencia del contrato, poniendo en serio riesgo no solo la viabilidad de la propia empresa, sino también la prestación del servicio. La finalidad de ofrecer esta información, para que los licitadores puedan tener en cuenta todos los costes asociados a la prestación del servicio y hacer así una oferta conociendo de antemano todas las obligaciones económicas que deberá asumir de resultar adjudicatario, exige del órgano de contratación un deber de diligencia cualificado. Parece evidente que este deber exige realizar cuantas actuaciones sean precisas para verificar que la información que el contratista saliente le transmite es completa y veraz. Para esta tarea el órgano de contratación debe dotarse en los pliegos de los instrumentos precisos para compeler al contratista para que entregue una información ajustada a la realidad. No debe olvidarse tampoco que el órgano de contratación dispone de las facultades de inspección, vigilancia y control sobre el contrato, por lo que dispone de mecanismos adecuados para poder cerciorarse si el contratista actual le está proporcionando una información completa y veraz.

El conocimiento de los costes de personal por el órgano de contratación de forma previa a la convocatoria de la licitación es consustancial a la correcta configuración de los contratos, en la medida que estos deben ajustarse a las prestaciones objeto del mismo y al precio de mercado de estas. En caso contrario, podría derivarse una responsabilidad del órgano de contratación, que podría conllevar aparejada el derecho del contratista entrante al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. A tal efecto, con el ánimo de no resultar repetitiva, esta Secretaría-Intervención, da por reproducidas las consideraciones jurídicas relativas a la subrogación del contratos de trabajo, reflejadas en el informe que acompaña al PCAP, de fecha 14 de noviembre de 2016, previo a la aprobación del expediente de licitación por el órgano de contratación.

De conformidad con lo expuesto, el Informe 2/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que se refiere a un procedimiento seguido para adjudicar un contrato que tiene por objeto la prestación del servicio de vigilancia, salvamento y asistencia en el litoral, el licitante propuesto como adjudicatario no llegó a formalizar el contrato dentro del plazo conferido al efecto en base a que la



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

información facilitada sobre los trabajadores objeto de subrogación no era correcta. Se reconoce que el deber de información en los supuestos de subrogación laboral se ha de concretar en el pliego o la documentación complementaria al mismo, información que el órgano de contratación habrá de obtener de la empresa que hasta entonces ha venido ejecutando el contrato de que se trate.

El órgano consultivo se pronuncia claramente a favor de la postura del licitador que no formaliza el contrato, sin que pueda serle reprochable tal actitud ni las consecuencias legales que la no formalización del contrato conlleva: «No obstante, si con posterioridad a la inicial comunicación de tal información, y antes de que se formalice y perfeccione el contrato, el adjudicatario tiene conocimiento de que las condiciones de los contratos de los trabajadores en cuyas relaciones laborales se ha de subrogar, no son las que se infieren de la información inicialmente proporcionada, o se han visto modificadas por circunstancias conocidas posteriormente, y así lo acredita ante el órgano de contratación, esta Junta Consultiva considera que el conocimiento de esas distintas circunstancias, que inciden directamente en las condiciones con que se ha ejecutar el contrato adjudicado, y en los costes que el adjudicatario tuvo en cuenta para concretar su oferta económica, constituye causa directa y suficiente de que éste decida no formalizar el contrato, y, en consecuencia, al no ser causa a él imputable, excluiría la posibilidad de aplicar el efecto de incautación de la garantía previsto en el artículo 156.4 del TRLCSP».

Resulta especialmente interesante el contenido de la Resolución 69/2013, del Tribunal Económico Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, de 28 de noviembre de 2013, que sobre el origen de la obligación de subrogación, señala que «la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos».

*Precisa la Resolución que «en cualquier caso, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de manifestar en su Resolución 62/2013, de 14 de noviembre, **de existir una controversia de origen laboral, la cuestión suscitada excedería del ámbito de conocimiento del Tribunal**». Y cita al respecto un informe de 29 de junio de 2005 de la Abogacía del Estado que expone que «por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que, desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un "contenido netamente laboral" 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 (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio».*

*Concluye citando las conclusiones mantenidas en la Resolución 61/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: «Desde el punto de vista de la contratación pública el hecho de que se incorpore al PCAP la información de los trabajadores a subrogar, es necesario a efectos de cálculo de los costes salariales que han de tener en cuenta las empresas a efectos de formular su oferta. **Ahora bien, la cuestión de si los contratos de esos 12 trabajadores con la recurrente son contratos vinculados de manera exclusiva al Ayuntamiento de Camas y por tanto incluidos en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos en cuanto a la obligación de subrogar a dichos trabajadores, es algo que se ha de solventar en el ámbito laboral y de la jurisdicción social sin que sea en la***



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

sede de este órgano donde hayan de solventarse las cuestiones de índole laboral que quedan al margen de los principios de contratación pública»; asimismo indica que «el recurrente sólo basa su recurso en la obligación de subrogación del personal en base al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y no en el incumplimiento de ningún precepto de normativa sobre contratación pública, no siendo Tribunal (sic) el competente para hacer cumplir a las empresas las obligaciones surgidas de la normativa laboral».

SEGUNDO.- El funcionario informante comparte plenamente el motivo de impugnación señalado por la recurrente en cuanto a la necesidad de que el PCAP no se pronuncie sobre el extremo de que los trabajadores susceptibles de subrogación puedan ser destinados a otro centro de trabajo diferente del servicio de aguas de Peraleda de la Mata, siempre y cuando no implique cambio de residencia; es parecer de quien suscribe, que el artículo 11 del PCAP debe limitarse única y exclusivamente a identificar al posible personal susceptible de ser subrogado, pero en ningún caso puede, ni debe, obligar a una futura empresa adjudicataria del servicio a tener que asumir a un trabajador que no vaya a ser destinado al servicio de abastecimiento de agua y saneamiento de Peraleda de la Mata, ya que es éste y no otro, el objeto del presente contrato, ni mucho menos imponer la citada obligación sin cuantificarla económicamente.

CONCLUSIONES

Con fundamento en la argumentación jurídica recogida en el presente informe, y a los efectos de que por el órgano de contratación se resuelva el recurso de reposición interpuesto, se concluye por esta Secretaría-Intervención:

- La obligación de subrogación no constituye ámbito de decisión del órgano de contratación, sino que deriva de lo 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".
- El órgano de contratación no debe pronunciarse, a través del PCAP, sobre la posibilidad de que uno de los trabajadores pueda ser destinado a otro centro de trabajo que no implique cambio de residencia, pues ello excede su competencia, que en materia de subrogación, se limita única y exclusivamente, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP.

Del presente informe se dará cuenta al órgano de contratación.

Esto es lo que tiene a bien informar esta Secretaría-Intervención, siendo no obstante el órgano competente el que deba, con su superior criterio, o cualquier otro mejor fundado en derecho, acordar lo más conveniente para los intereses municipales."

De conformidad con el informe de Secretaria-Intervención de fecha 3 de febrero de 2017, se eleva al Pleno de la Corporación para su aprobación, el siguiente

ACUERDO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por FCC Aqualia S.A. contra el Anuncio de Licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas que regula el contrato de concesión administrativa para la gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y saneamiento en el municipio de Peraleda de la Mata, modificando la redacción de la Cláusula 11 y el ANEXO I



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

del PCAP, quedando redactada con el siguiente tenor literal:

CLÁUSULA 11ª. DE LA APORTACIÓN DEL CONCESIONARIO.

Con independencia de la aportación que realiza este Ayuntamiento, el concesionario se compromete a aportar los medios humanos, técnicos y materiales necesarios, en cada momento, para garantizar de forma permanente la prestación de los servicios objeto de la concesión, en la forma a que obliga el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones técnicas, y disposiciones aplicables.

a.- Medios materiales.

El concesionario está obligado a la adquisición y mantenimiento de los medios materiales de gestión, adecuados y suficientes para prestar los servicios a que obliga el presente Pliego de Cláusulas, y el de Prescripciones técnicas, tales como vehículos, maquinaria, útiles, herramientas, etc.

Durante el período concesional, serán por cuenta del concesionario la totalidad de los gastos de adquisición y reposición de los medios materiales adscritos a los servicios; así como los gastos necesarios para su conservación, mantenimiento y explotación.

Los licitadores harán constar en sus ofertas expresa y detalladamente los medios materiales que decidan adscribir a los servicios, y consideren necesarios para el desarrollo de las labores previstas, teniendo en cuenta que deberán prever los suficientes de reserva para suplir las incidencias que pudieran surgir, y para que bajo ningún concepto se entorpezca la marcha normal de los trabajos.

El Ayuntamiento entenderá que los medios propuestos han sido considerados por el licitador como suficientes para la realización de los servicios y, de no resultar así, el adjudicatario deberá adquirir a su riesgo y ventura, el preciso para su correcta prestación, estando igualmente obligado a la reposición del mismo.

El adjudicatario se compromete, asimismo, a disponer de las instalaciones precisas para la adecuada prestación de los servicios. Los gastos de equipamiento, así como de forma general todos los derivados de la explotación y el mantenimiento de las instalaciones, serán por cuenta del concesionario; debiendo reflejarse en la oferta los programas de conservación de las mismas.

b.- Personal subrogable.

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.

ANEXO I PERSONAL LABORAL A SUBROGAR

TRABAJADOR 1		TOTAL DEVENGOS	COSTE TOTAL SEGURIDAD SOCIAL EMPRESA	COSTE ANUAL TOTAL EMPRESA	ANTIGUEDAD	CATEGORÍA
J.M.B.L. 76.004.***-*		23.874,93	8.161,27	32.036,20	13-02-1989	OPERARIO
AÑO NACIMIENTO	1960					
TRABAJADOR 2		TOTAL DEVENGOS	COSTE TOTAL SEGURIDAD SOCIAL EMPRESA	COSTE ANUAL TOTAL EMPRESA	ANTIGUEDAD	CATEGORÍA
M.A.S.L. 75.998.***-*		25.398,97	8.195,96	33.594,93	01-02-1991	OPERARIO
AÑO NACIMIENTO	1955					



AYUNTAMIENTO DE PERALEDA DE LA MATA

** Estos costes han sido calculados de conformidad con la información facilitada por la actual concesionaria del servicio, tomando como referencia el ejercicio 2015."*

SEGUNDO.- *Retrotraer las actuaciones al momento de apertura del plazo de presentación de ofertas, publicándose anuncio de rectificación en el Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres y en el perfil de contratante, otorgándose un nuevo plazo de veinte días hábiles para la presentación de las mismas y a la que puede concurrir cualquier interesado.*

TERCERO.- *Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.*

CUARTO.- *Dado que han sido presentadas ofertas, tras la convocatoria de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres, habiéndose publicado, asimismo, en el perfil de contratante del Ayuntamiento en esa misma fecha, permitir su retirada por los licitadores, y la presentación de nueva oferta a cualquier empresario interesado en ello, en garantía del principio de no discriminación. En el caso de que no retiren las ofertas presentadas, se entenderá que los licitadores las mantienen en todos sus términos.*

QUINTO.- *Notificar el presente acuerdo a la recurrente FCC Aqualia S.A, con indicación de los recursos que puede interponer contra el mismo.*

SEXTO.- *Publicar el presente acuerdo en el perfil del contratante para general conocimiento.*

Sometido a votación el Acuerdo, resulta aprobado con el voto unánime de todos los Concejales presentes en la sesión plenaria en número de siete"

Lo que se publica en el perfil del contratante para general conocimiento.

Peraleda de la Mata, a 9 de febrero de 2017.
EL SECRETARIO-INTERVENTOR,

Fdo.: Roberto Carrodeguas Méndez