

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. - 32/2024
RESOLUCIÓN Nº.- 39 /2024

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO
DE SEVILLA**

En Sevilla, a 20 de diciembre de 2024.

Recibida reclamación en materia de contratación, presentada en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción, (CNC), contra los pliegos que rigen la licitación de la **“CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PARA LA CONSERVACIÓN DE REDES DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE EMASESA, LA EJECUCIÓN DE NUEVAS ACOMETIDAS, LA EXPLOTACIÓN DEL PARQUE DE CONTADORES Y LA PLANIFICACIÓN DE SUS ACTUACIONES”**, Expediente 0648/2024, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla S.A. (EMASESA), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de noviembre de 2024 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público los anuncios de licitación y Pliegos del contrato descrito en el encabezamiento, siendo objeto de modificación el relativo a Pliegos, el día 4 de diciembre posterior.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de diciembre del año en curso, se traslada a este Tribunal reclamación en materia de contratación, presentada en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción, (CNC), contra los pliegos que rigen la licitación, recibiendo la numeración 32/2024.

Recibido la reclamación y la documentación que la acompaña, se procedió, el mismo día, a dar traslado de la misma a la unidad tramitadora del expediente, solicitando, conforme a lo dispuesto en la normativa de aplicación, informe al respecto y copia del expediente de contratación.

Mediante Resolución 36/2024, de 7 de noviembre, se resuelve la solicitud de suspensión del procedimiento planteada por la reclamante, desestimando ésta.

El día 12 de diciembre se recepciona en el Tribunal la documentación remitida por la unidad tramitadora del expediente de contratación, manifestándose que, a la fecha de su informe y remisión de documentación al Tribunal, el expediente se encontraba en plazo de presentación de ofertas, sin que se hubiera presentado ninguna entidad licitadora hasta dicha fecha, habiéndose anunciado, no obstante, la interposición en la Plataforma de Contratación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 63.3 de la Ley 9/2017, el 28 de octubre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por la recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto.

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3), determinándose en el Anexo I que la legislación aplicable es el Real Decreto-ley 3/2020, así como la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación del art. 119 RDL 3/2020.

SEGUNDO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdos de 28 de septiembre de 2018 y 17 de octubre de 2024, por los que se efectúa, respectivamente,

el nombramiento y renovación de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

TERCERO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión de la reclamación.

En relación al ámbito objetivo de la reclamación, hemos de analizar si ha sido interpuesta contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 del Real Decreto-ley 3/2020, es susceptible de la misma.

Dispone el art.119 :

Artículo 119. Objeto de reclamaciones.

1. Serán susceptibles de reclamaciones en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a alguno de los contratos sujetos a este real decreto-ley, o a los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de estos contratos, así como a los contratos basados, que pretendan concertar las entidades contratantes.

2. Podrán ser objeto de la reclamación en materia de contratación los siguientes actos y documentos:

a) Los anuncios que sirvan como medio de convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de licitación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la entidad contratante por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 69.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por las entidades contratantes.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del presente real decreto-ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de los encargos a medios propios personificados y los contratos celebrados con empresas asociadas y conjuntas en los casos en los que estos no cumplan los requisitos legales.

3. 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 a la entidad contratante, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

4. Contra las actuaciones mencionadas en el apartado 2 del presente artículo como susceptibles de ser impugnados mediante la reclamación en materia de contratación no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

5. La interposición de la reclamación en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuita para los recurrentes.

El Artículo 121 establece régimen jurídico aplicable a la reclamación, disponiendo que:

1. Serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119 las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con las siguientes especialidades:

a) Las referencias a los órganos de contratación deberán considerarse hechas a las entidades contratantes.

b) Cuando la reclamación se interponga contra el contenido de los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales, el cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio que sirva como medio de convocatoria de la licitación, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés en el caso de que el medio de convocatoria hubiera sido un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, siempre que en estos se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales. Cuando no se hiciera esa indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. El plazo para la interposición de la reclamación tendrá una duración igual a la del plazo concedido para presentar las proposiciones.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente al de remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, los pliegos de condiciones no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente a aquel en que se le hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá la reclamación contra los pliegos de condiciones y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiere presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

c) Cuando la reclamación se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del presente real decreto-ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

d) Cuando la reclamación se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 115.2, letras b), c), d) y e), el plazo de interposición será el siguiente:

1.º Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en este real decreto-ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

2.º En cualquier caso, antes de que transcurran seis meses a contar desde el día siguiente al de formalización del contrato.

e) No será válida la interposición de la reclamación ante el registro o cualquier otra dependencia de la entidad contratante.

2. A los efectos de la interposición de la reclamación que se regula en estos artículos, los actos a que se refiere el artículo 119 se asimilarán a los actos administrativos.

En relación a la legitimidad, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada.

Por lo que respecta al plazo de interposición, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

A la vista de los artículos transcritos, procedería concluir la admisión de la reclamación.

CUARTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, las alegaciones planteadas son:

- Incumplimiento de los requisitos exigidos para la subrogación del personal. Acumulación de contratos y Anexo 5 del Pliego no válido.

- Vulneración del Real Decreto-ley 3/2020 que regula la contratación en determinados sectores.

Respecto a la primera alegación, la reclamante argumenta el incumplimiento de los requisitos exigidos para la subrogación del personal, alegando que “La cuestión es que todos estos diferentes contratos han sido unidos en una sola licitación con tres lotes, tal y como se detalla en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Y el problema reside en que en Pliego de Cláusulas Administrativas cuando se efectúa en la cláusula 32 la

“INFORMACIÓN RELATIVA A LOS TRABAJADORES ADSCRITOS AL SERVICIO” lo único que hace es remitir al Pliego de Prescripciones Técnicas donde se recoge en un anexo nº 5 una relación de trabajadores que, en principio y según las prestatarias del servicio, serían objeto (algunos de ellos, se supone) de subrogación.

En la documentación contractual, sin embargo, no se especifica a que lote de los tres que se integran en el procedimiento de licitación, con distinta distribución geográfica que el contrato precedente, se distribuye el personal a subrogar, de manera que en la oferta a realizar no es posible especificar concretamente el personal que corresponde a cada lote, ni se permite una exacta evaluación de los costes laborales que implicaría la subrogación respecto de cada lote concreto ofertado.

La indefinición del Pliego de Cláusulas Administrativas y del de Prescripciones Técnicas es tal que impide una correcta evaluación del coste del servicio y por ende de la posibilidad de licitar:

Al haberse omitido una distribución del personal actual de las diferentes contratistas entre los 3 Lotes que se han establecido en el nuevo Pliego, se producen una serie de perjuicios a los licitadores:

En primer lugar, en el Anexo nº 5 “*Información del personal que presta actualmente los servicios por cuenta de las actuales adjudicatarias, a efectos de posible subrogación*” no cabe la posibilidad de conocer de antemano como se produce la distribución de los diferentes medios personales, ni la idoneidad de los mismos para la prestación del servicio.

En segundo lugar al desconocer la distribución de los medios personales entre cada licitador y adjudicatario, también se desconoce que trabajador es objeto de subrogación. A título de ejemplo un mismo trabajador puede ser propuesto como “subrogable” por tres empresas diferentes en cada uno de los tres lotes. Y en este caso se desconoce el funcionamiento o normas (preferencias) para acceder al personal subrogable, y el coste.

En tercer lugar, en el Anexo 5 la indefinición es tal que se desconoce que sucede con el personal que no sea objeto de subrogación en ninguna empresa contratista que resulte adjudicataria.

En cuarto lugar, no se ha tenido en cuenta en el pliego los problemas de movilidad geográfica al agruparse y reducirse a 3 los centros de trabajo

...

Por lo tanto no se está aportando la necesaria información para poder efectuar una propuesta económica viable. El Anexo 5 debería contener en todo caso el domicilio o, al menos, el código postal del personal a subrogar.

En quinto y último lugar, el Anexo 5 contiene diferentes omisiones:

- En el anexo Nº 5, la información del personal de “posible subrogación”, aparece distribuido en los contratos actuales vigentes, pero no en todos los listados aparece a que actividad está asignado el personal. Se omite si los trabajadores tienen experiencia acreditada en abastecimiento, saneamiento, calcatas, conductor limpieza de red, operario de CCTV ...etc. Para licitar es necesario conocer la distribución y tener en

cuenta el personal del que se dispone para cumplir con los medios a adscribir, y por lo tanto conocer que personal sería necesario disponer propio de la Empresa licitadora.

- Se han omitido los complementos de guardia. Se desconoce el acuerdo económico que disponen para guardias y retenes. Y por último se han omitido cualquier referencia a las horas extras.”

En su segunda alegación, la reclamante denuncia la vulneración del Real Decreto-ley 3/2020, argumentando que:

La licitación cuyo pliego se impugna está regulada por el Real Decreto-ley 3/2020, y muy particularmente por lo establecido en su artículo 43.4 y 5 que regulan la información pertinente en cuanto a la subrogación:

“4. En los procedimientos de contratación que se celebren con arreglo a este real decreto-ley las entidades contratantes deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la subrogación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 9/2017...”

5. En el momento de elaborar el presupuesto de la licitación las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público cuidarán de que el mismo sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de condiciones los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

Como ya se ha dicho en la Alegación anterior, en el Anexo nº 5 se han omitido las obligatorias *“condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la subrogación”*. Y no sólo eso, sino que también se ha omitido a que trabajadores afecta la subrogación. El incumplimiento es doble: En primer lugar por desconocer que trabajadores están afectos a que Lote, y en segundo lugar por las omisiones sobre las condiciones de los contratos. Además no existe ninguna justificación por el hecho de unir diferentes licitaciones y distribuirlas en otra licitación con lotes, ya que la obligación subsiste para cada contrato. Y el artículo 52.7 del RD-L 3/2020 indica: *“En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego de condiciones que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato”*

También se incumple el artículo 130 de la LCSP (al que se remite expresamente el R.D-L 3/2020)

...

Las obligaciones impuestas al órgano de contratación enumeradas en el artículo 130.1, relativas a las informaciones que deben ponerse a disposición de los licitadores en aquellos contratos en los que proceda subrogación, deben ser consideradas como una

regla de mínimos, de forma que dicha información deberá, en todo caso, proporcionarse en los pliegos

...

Sin embargo, estas obligaciones impuestas al órgano de contratación no se han ejecutado, ni siquiera cuando se le ha sido solicitada. No ha sido posible determinar que personas son subrogables por cada lote. Este tipo de omisiones son contrarias a la LCSP, pues trasladan la responsabilidad a la entidad contratista. Procede pues, la declaración de nulidad del pliego que se impugna por incumplir la normativa reguladora de la subcontratación.”

Por todo lo expuesto se solicita al Tribunal la declaración de nulidad de la cláusula 32 del PCAP y del Anexo 5 del PPT “en cuanto se conculca la normativa relativa a la información de la subrogación de trabajadores”

El órgano de contratación, por su parte, defiende que EMASESA ha cumplido los requisitos y las obligaciones exigidos a los órganos de contratación por el artículo 43.4 del RDL 3/2020 y 130 de LCSP, contando los licitadores con la información precisa para que efectuar una correcta evaluación de sus ofertas, y argumentando que “El PPT establece los medios humanos que, como mínimo, se deben adscribir a los distintos lotes del contrato. En particular, en el capítulo 7 y el anexo 3.1 del PPT aparece el número, el perfil, la actividad, titulación, dedicación y experiencia exigida para cada actividad (averías, limpieza, acometidas y contadores y planificación) y lote del contrato.

En relación con las condiciones de los trabajadores adscritos al contrato, el apartado 32 del cuadro de características del PCAP dispone que, “de acuerdo con lo previsto en los convenios aplicables y dentro de los plazos ahí establecidos, la empresa saliente deberá trasladar a la entrante toda la información y soporte documental que se requiera para proceder con la subrogación correspondiente”, sin que el contenido de dicha información pueda motivar variación alguna sobre el importe ofertado.

A este respecto, el Anexo 5 del PPT recoge la información aportada por las actuales prestatarias de los servicios relativa a los trabajadores que en principio y según las mismas, serían objeto de subrogación. En particular, las tablas del citado Anexo detallan las condiciones de los referidos trabajadores, indicando información sobre los siguientes aspectos:

Nº	Puesto de trabajo	Tipo de contrato	Jornada	Antigüedad	Bruto año (2)	Observaciones	Convenio	Clausula movilidad (3)	Observaciones
----	-------------------	------------------	---------	------------	---------------	---------------	----------	------------------------	---------------

El régimen de la subrogación de los trabajadores que actualmente prestan los servicios objeto del contrato se encuentra establecido, de conformidad con el artículo 43.4 del RDL 3/2020 y 130 de la LCSP, en la cláusula 20.2 del PCAP, que establece lo siguiente:

“A requerimiento de EMASESA el contratista deberá proporcionarle la información que la LCSP exige que aquélla facilite a los licitadores cuando exista obligación legal o convencional de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. Deberá aportar toda la información que se establece en el artículo 130 de la LCSP.

En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

El contratista habrá de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, el órgano de contratación procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos. Todo ello sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El incumplimiento de la obligación de facilitar la información establecida en esta cláusula conllevará la imposición de penalizaciones establecidas en el Anexo 1 de este Pliego.”

Argumenta el órgano de contratación que “en materia de subrogación de trabajadores, siempre que exista, al menos la apariencia de que pueda existir dicha obligación, la obligación del órgano de contratación se circunscribe a requerir, con arreglo a los citados artículos 130 de la LCSP y 43.4 del RDL 3/2020, a 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”, trayendo a colación la doctrina al respecto contenida en las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales - TACRC- 608/2013, 502/2014, 542/2014, 586/2014, 670/2024 y 487/2019, Resolución nº 255/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución 28/2022 del Tribunal de Sevilla o los Informes 31/1999 y 33/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, conforme a la cual” 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 condiciones así establecidas, debiendo contener los pliegos esta obligación a efectos meramente informativos, habiéndose resuelto, incluso, que *“la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contratarla”*, pues *“la obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del citado personal deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el órgano de contratación”*

Concluye así, que “la existencia o no de una obligación de subrogación de los trabajadores se desarrolla en la esfera del derecho laboral y del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de una empresa, y que, en consecuencia, el pliego no debe aportar nada a dicha subrogación.

En el caso que nos ocupa, consta en el anexo 5 del PPT la información del personal que presta actualmente los servicios por cuenta de las actuales adjudicatarias, a efectos de la posible subrogación que, de acuerdo con la normativa laboral y los convenios de aplicación, resulte obligada llevar a cabo. Dicha información fue recabada por EMASESA de las actuales prestadoras de los servicios, cumpliendo con el deber

impuesto en los artículos 43.4 del RDL 3/2020 y 130 de la LCSP, y ha sido puesta a disposición de los licitadores interesados en concurrir a la licitación del presente contrato mediante su inclusión en las tablas incorporadas al referido anexo 5 del PPT.

Además, en el citado PPT EMASESA también advierte a los licitadores que, la contratación de los servicios generará una relación contractual con la adjudicataria, *“la cual desarrollará los servicios objeto del contrato con plena independencia y autonomía en la dirección y organización de los recursos humanos y materiales que esta destine a la prestación de dichos servicios, no derivándose por tanto relación laboral alguna entre EMASESA y los trabajadores de la prestadora de los servicios. Por tanto, a los efectos de la Disposición Adicional Primera del RD 20/2012, de 13 de julio, se recuerda que la contratación de estos servicios, comporta únicamente el nacimiento de una relación mercantil entre EMASESA y la adjudicataria”* (Vid. apartado 1.9, pág. 21 y 22 del PPT).

Asevera el informe que “En el expediente de contratación que nos ocupa, como se ha justificado, EMASESA ha cumplido con su obligación de solicitar y facilitar a los licitadores la información de los trabajadores actuales del servicios (artículos 43.4 del RDL 3/2020 y 130 de la LCSP), sin intervenir -según lo previsto en la citada Disposición Adicional Primera del RDL 20/2012-, en la situación laboral de los trabajadores actuales del servicio que, en caso de venir obligados por la normativa laboral aplicable, vayan a subrogarse en los nuevos contratos que resulten del procedimiento de adjudicación.

En el caso de que, tal y como propone la reclamante, EMASESA hubiese designado la composición de los concretos trabajadores que deben subrogarse en cada lote, se produciría una clara injerencia en cuestiones de índole laboral que exceden claramente de las funciones que tiene atribuido el órgano de contratación y que resulta ajena a la relación -contractual- que mantienen con los licitadores.

Por lo tanto, las condiciones de subrogación de los trabajadores en cada uno los lotes del contrato quedarán condicionadas a lo que establezca el convenio colectivo aplicable, que deberá ser aplicado, tanto por los contratistas salientes como por los entrantes, una vez se adjudiquen los referidos lotes. No cabe por tanto considerar, tal y como pretende la CNC en su reclamación (Vid. pág. 5), que corresponda al órgano de contratación determinar los trabajadores que resultarán finalmente subrogados, las condiciones para ello, y la distribución entre los lotes objeto del contrato.

Asimismo, frente a lo que sostiene el reclamante, no cabe admitir que el listado de información de los trabajadores actuales del servicio resulte insuficiente para conocer sus condiciones laborales a efectos de confeccionar sus ofertas. En particular, no puede considerarse, tal y como sostiene la CNC, que no se haya tenido en cuenta en el pliego *“los problemas de movilidad geográfica al agruparse y reducirse a los 3 dentro de trabajo”* (vid. pág. 5), puesto que, tal y como recoge la tabla del anexo 5 del PPT, los contratos de trabajo no tienen cláusulas o particularidad con respecto a la movilidad geográfica dentro del ámbito del servicio de EMASESA (Sevilla y poblaciones); aspecto sobre el cual los licitadores podrían haber preguntado en sede de consultas al órgano de contratación, sin que conste ninguna por su parte.

Por otro lado, tampoco es dable considerar que la información de los trabajadores subrogables contenga omisión datos tales como los complementos de guardia y

retenes (vid. pág. 6): cuestión sobre la que este órgano de contratación se ha pronunciado en respuesta a las preguntas realizadas por los licitadores, indicando que: *“No está incluido en el salario bruto año (2) ningún complemento por guardia, ya que se trata de un variable en función del número de guardias que realice el medio humano”* (Vid. respuesta a la pregunta 35); e, igualmente, que : *“Para todo este tipo de cuestiones, en las tablas de subrogación, se ha facilitado el convenio al que están adscritos los medios humanos subrogables, la información es publica y puede ser consultada para dar respuesta a su pregunta”* (Vid. respuesta a la pregunta 19).

En todo caso, de considerar que la información facilitada por los contratistas actuales del servicio resulta insuficiente o errónea, los licitadores podrán llevar a cabo la acción directa a la que se refiere el artículo 130.5 de la LCSP, que establece que: *“5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”*.

En conclusión, EMASESA ha cumplido con su deber de informar, a través de la documentación contractual y de las repuestas a las preguntas formuladas por los licitadores, de las condiciones de los trabajadores subrogables, por lo que no cabe reproche jurídico alguno al PCAP que rige la licitación, debiendo desestimarse íntegramente la reclamación de la CNC.”

A mayor abundamiento se defiende que el contenido de pliegos permite a los licitadores efectuar una correcta evaluación de los costes de los servicios, argumentando que los medios personales que deben adscribirse al contrato se encuentran especificados en el capítulo 7 y en anexo 3.1 del PPT (Adscripción de medios), “en el que aparece el número, el perfil, la actividad, titulación, dedicación y experiencia exigida para cada actividad (averías, limpieza, acometidas y contadores y planificación) y lote del contrato” y que “ El contenido de los referidos capítulo 7 y anexo 3.1 del PPT, junto con la información del personal del personal que presta actualmente los servicios por cuenta de las actuales adjudicatarias del anexo 5 del citado PPT, resultan suficientes para poder evaluar los costes del personal que el adjudicatario asumirá debido a los trabajadores subrogables.

Con estos datos el licitador puede comprobar los costes aparejados a los medios humanos necesarios para cada lote en función de la actividad que desarrollen, averías y prolongaciones, acometidas y contadores, limpieza de alcantarillado o planificación”, efectuando una simulación al objeto de ejemplificar que “el contenido del PPT (Capítulo 7 y Anexo 5) permite a los licitadores conocer los costes que supondrá la adscripción de los medios mínimos que deben adscribirse a cada lote, sin que resulte necesario que EMASESA hubiese llevado a cabo una reasignación de los trabajadores actuales; práctica que, como hemos justificado, resulta vedada a los órganos de contratación por pertenecer al ámbito de las relaciones laborales entre los licitadores y su personal.”

Adicionalmente a lo anterior, se manifiesta que “la determinación del presupuesto base de licitación del contrato resulta ajustada a Derecho, al establecer el anexo 8 del PPT un sistema de precios unitarios por trabajos, conforme a los artículos 102.4 y 309.1 de la LCSP. A este respecto, cabe traer a colación la doctrina sentada por los Tribunales

Administrativos en materia de Contratación Pública, que establece que, en los contratos donde el precio se determine como precio unitario, el desglose del presupuesto habrá de ser por las unidades de precio, sin necesidad de desglosar los costes directos, indirectos, salariales y otros”, señalando que “procede tener en cuenta lo dispuesto en los apartados 12.1 (Presupuesto de licitación) y 12.2 (Valoración de los trabajos) del anexo 1 del PCAP, donde se indica lo siguiente:

“Los precios de cada unidad incluyen, además de la propia ejecución de la actuación, todos los gastos y costes en que el contratista deba incurrir para la correcta ejecución de los trabajos, a excepción del IVA. En particular, y sin tener carácter excluyente, los conceptos que se enumeran más abajo, los descritos en su capítulo II, en sus anexos nº 6 y 7 y en cualquiera de las prescripciones específicas o generales contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, y específicamente en la descripción de los precios.

Dichos precios incluyen todo tipo de cargas, (sociales, fiscales, etc.) que pudieran gravarlos, a excepción del I.V.A, conforme establece el artículo 19 del PCAP. Los precios de cada unidad incluyen, además de la propia ejecución de la actuación, conceptos tales como:

[...]

- Gastos de personal destinados a la ejecución de estos conceptos, y los medios por ellos requeridos, tales como vehículos, equipos informáticos, de comunicaciones, EPIs, oficina, vestuarios, etc.”.

De lo anterior, puede concluirse que los licitadores cuentan en los pliegos con toda la información para evaluar correctamente los costes asociados al contrato y que el presupuesto se encuentra debidamente calculado conforme al sistema de precios unitarios, por lo que no considerar vulnerado los principios de proporcionalidad y de libre concurrencia a los que se refiere la CNC en su reclamación.”

Por lo expuesto, se propone al Tribunal la desestimación íntegra de la reclamación en materia de contratación interpuesta por la CNC.

QUINTO.- Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de comenzar recordando nuestra doctrina al respecto, habiendo sido múltiples y diversas las ocasiones en las que este Tribunal se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a la subrogación, (Resoluciones 1/2021, 23/2021, 31/2020, 36/2021, 39/202, 47/2021, 28/2022 o 32/22), pudiendo resumirse nuestra doctrina en los siguientes puntos fundamentales:

1.- La obligación de subrogación no deriva de los Pliegos, sino que procederá cuando así venga impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. El suministro o inclusión en los Pliegos de información al respecto de los costes y condiciones de los contratos y personal que viene efectuando la prestación del objeto del contrato, no prejuzga la existencia y alcance de la obligación de subrogación. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130, la obligación de la Administración se circunscribe a informar de los costes, con un objetivo fundamental, cual es garantizar que todos los licitadores puedan elaborar sus ofertas con conocimiento real de los costes que se deriven del servicio licitado y concurran a la adjudicación del mismo en igualdad de condiciones

En definitiva, será la normativa convencional o legal que regule las concretas relaciones laborales la que determine si existe o no obligación de subrogar a los trabajadores que se encuentren adscritos a la prestación de un determinado servicio, de manera que ni los pliegos, ni el anuncio pueden imponer “*ex novo*” la referida obligación, ni el hecho de que no la contemplasen daría lugar a que la misma no deba ser cumplida por el empresario contratista.

2.- Los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinado por la normativa laboral, sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación.

3.- La existencia de la obligación de subrogación, no condiciona el precio del nuevo contrato, pues a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que esté vinculado por contrataciones anteriores. Ha de partirse de la potestad discrecional de la que dispone el órgano de contratación para delimitar el objeto del contrato y sus características, y por ende, dimensionar la plantilla necesaria para su prestación; sin que la previsión de subrogación prevista en la legislación laboral o convenios vincule a la Administración a la hora de definir el contenido de la prestación a contratar, de modo que el coste del contrato no tiene que incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Una cosa es que la empresa entrante venga obligada por el convenio colectivo a subrogarse en toda la plantilla destinada en el contrato que asume y otra que, si las necesidades públicas a satisfacer con el nuevo contrato han cambiado o se han reducido, venga obligada a destinar a todos ellos al nuevo contrato que le ha sido adjudicado, pudiendo en tales casos, como sostiene el Tribunal Supremo, proceder al despido por causas objetivas, a una reducción de jornada o a cualquier otra solución legal respecto a los trabajadores subrogados.

4.- Todas aquellas cuestiones que exceden del ámbito subjetivo u objetivo propio de los Pliegos, por afectar a terceros ajenos al vínculo contractual o por formar parte del status del trabajador, que imponen al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral, han de regirse por su normativa específica y de su 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, por ser cuestiones ajenas a la contratación pública.

En consecuencia, pues:

.- No corresponde al órgano de contratación establecer o no la subrogación, ni determinar el Convenio a aplicar, circunscribiéndose su obligación al cumplimiento del mandato contenido en el art. 130.1, esto es: solicitar información al actual contratista y plasmar ésta en los Pliegos. La obligación de los pliegos, es únicamente informativa de las condiciones del personal que viene prestando el servicio, siendo la normativa convencional o legal que regule las concretas relaciones laborales la que determine si existe o no obligación de subrogar a los trabajadores que se encuentren adscritos a la prestación de un determinado servicio, de manera que ni los pliegos, ni el anuncio

pueden imponer la referida obligación, ni el hecho de que no la contemplasen daría lugar a que la misma no deba ser cumplida por el empresario contratista.

- No corresponde a los Tribunales encargados de la resolución de recursos en materia de contratación, resolver el Convenio a aplicar, ni la exigibilidad o no de la subrogación, por ser éstas cuestiones laborales que han de sustanciarse ante la jurisdicción laboral, circunscribiéndose la actuación revisora de estos tribunales a verificar el cumplimiento por los órganos de contratación de la obligación impuesta en el art. 130.1 antes transcrito.

En diversas resoluciones, desde el Tribunal se hecho un llamamiento a los órganos de Contratación a fin de que, ante la duda, y siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, para mayor claridad y acreditación de la obligación que les corresponde conforme al art. 130 de la LCSP, especifiquen en los Pliegos o en la documentación que lo acompaña, la información oportuna, indicando que el suministro de información en relación a la subrogación, lo es a los efectos de proporcionar el mejor conocimiento de costes, para el caso de que, por imposición de la normativa laboral de aplicación, resultara exigible la subrogación de personal.

En la Resolución 39/2021, efectuamos un análisis de la naturaleza, finalidad y contenido de la obligación de información que en esta materia corresponde al órgano de Contratación, a la luz de las previsiones contenidas en el art. 130 LCSP y la doctrina de los órganos administrativos, consultivos y judiciales al respecto, conforme a la cual, esta obligación se contempla en nuestro ordenamiento como una obligación de carácter formal, pero de obligado cumplimiento, habida cuenta de sus repercusiones.

Concluimos, así, que el debido cumplimiento de la obligación que al Órgano de Contratación corresponde, implica pedir la información y plasmar ésta en los Pliegos o documentación que los acompaña, incluido el hecho, en su caso, de que no se haya dado información por las salientes o se haya comunicado por éstas que no hay obligación de subrogación. Todo ello es lo que determinaría el correcto cumplimiento de la obligación que le corresponde, como presupuesto necesario para evitar, en palabras de la Junta Consultiva, “ *hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente*”, posibilitando, además, la exigencia, por parte de la Administración, de las responsabilidades que la propia Ley prevé para el contratista ante el incumplimiento de la obligación de proporcionarle información al órgano de contratación, imponiéndole las penalidades contempladas en el Pliego (Art. 130.4), así como su responsabilidad ante el nuevo contratista, que tendrá acción directa frente al saliente si producida la subrogación porque así procediere, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendan de la información facilitada a la Administración y puesta en conocimiento de los licitadores por parte de ésta.

Como viene señalando el Tribunal Central, la conclusión que cabe extraer de esta doctrina es que la existencia o no de una obligación de subrogación de los trabajadores se desarrolla en la esfera del derecho laboral y del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de una empresa, y que, en consecuencia, el pliego no aporta nada a dicha subrogación. Esta obligación será exigible o no, pero en ningún caso lo será porque lo imponga el pliego, sino porque se desprenda de la normativa laboral y de su

interpretación. Por tanto, el órgano de contratación cumple con informar, bien sea en los pliegos, bien sea a través de una documentación complementaria, de las condiciones de los trabajadores que pudieran ser susceptibles de subrogación. El órgano de contratación no prejuzga si existe la mencionada obligación -cometido para el que carece de competencia-, sino que, simplemente, facilita a los licitadores todos los datos necesarios para que éstos puedan efectuar un cálculo de la oferta que estimen adecuada y, en caso de controversia, *“de la misma manera que la existencia o no de un derecho de subrogación y el alcance del mismo es una cuestión laboral que no depende de la información contenida en los pliegos, las consecuencias de eventuales pronunciamientos judiciales o administrativos sobre la materia recaerán, en su caso, sobre el adjudicatario, y ello por disponerlo así la ley, y no porque lo establezca el órgano de contratación.”*

A su vez, para los casos en que la información publicada pudiera no resultar veraz y/o completa, establece que *“no corresponde al órgano de contratación, ni a este Tribunal (ya que no corresponde al orden contencioso-administrativo, que revisa sus decisiones) hacer pronunciamientos sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación ni, por tanto, sobre la interpretación de los Convenios u otras normas laborales que pudieran ser de aplicación. Precisamente por ello el órgano de contratación 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. Así las cosas, el criterio de este Tribunal ha sido y es el de entender que, siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación de subrogación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 130 de la LCSP, 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”.*

En el caso que nos ocupa, señala el órgano de contratación en su informe que la información del personal que presta actualmente los servicios a efectos de la posible subrogación que, de acuerdo con la normativa laboral y los convenios de aplicación, resulte obligado llevar a cabo, fue recabada por EMASESA de las actuales prestadoras de los servicios, cumpliendo con el deber impuesto en los artículos 43.4 del RDL 3/2020 y 130 de la LCSP, y ha sido puesta a disposición de los licitadores interesados en concurrir a la licitación del presente contrato mediante su inclusión en las tablas incorporadas al referido anexo 5 del PPT.

Concretamente el Anexo I, en su apartado 32 establece que:

32. INFORMACIÓN RELATIVA A LOS TRABAJADORES ADSCRITOS AL SERVICIO

Conforme se establece en los arts 43.4 del RDL 3/2020, de 4 de febrero y 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en el Anexo 5 del PPTP se recoge la información aportada por las actuales prestatarias de los servicios relativa a los trabajadores que en principio y según las mismas, serían objeto de subrogación. En todo caso, de acuerdo con lo previsto en los convenios aplicables y dentro de los plazos ahí establecidos,

la empresa saliente deberá trasladar a la entrante toda la información y soporte documental que se requiera para proceder con la subrogación correspondiente. El contenido de dicha información no podrá motivar variación alguna sobre el importe ofertado.

La información de los trabajadores susceptibles de subrogación facilitada por las empresas que actualmente está prestando el servicio, se encuentra en el Anexo 5 del PPTP.

Conforme al art. 130 LCSP, “Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.”. El Anexo 5, bajo el título “INFORMACIÓN DEL PERSONAL QUE PRESTA ACTUALMENTE LOS SERVICIOS POR CUENTA DE LAS ACTUALES ADJUDICATARIAS, A EFECTOS DE POSIBLE SUBROGACIÓN”, incorpora, para cada Lote, las relaciones de personal, concretando el puesto de trabajo/categoría, tipo de contrato, jornada, antigüedad, salario bruto anual, observaciones, Convenio y Cláusula de movilidad, del personal actual que viene prestando los distintos servicios, en distintas empresas, que en el nuevo contrato se aglutinan, facilitada por las actuales adjudicatarias. El informe técnico remitido por el órgano de Contratación asevera con rotundidad que la información suministrada permite una evaluación de los costes asociados al contrato, de hecho a fecha de hoy son ocho las empresas concurrentes a la licitación, según nos informan.

Partiendo de la doctrina expuesta, debemos recordar en este punto que, de conformidad con el artículo 130.5 de la LCSP, *“En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”* y que el órgano de contratación cumple con informar, bien sea en los pliegos, bien sea a través de una documentación complementaria, de las condiciones de los trabajadores que pudieran ser susceptibles de subrogación.

El pronunciamiento de este Tribunal debe contraerse a la legalidad de los Pliegos impugnados, y sobre éstos no cabe reproche jurídico alguno en el ámbito de las competencias propias del Tribunal. La unidad tramitadora, como del expediente de contratación se desprende, ha actuado con diligencia, requiriendo a los contratistas actuales la información correspondiente y publicando ésta.

El debido cumplimiento de la obligación que al Órgano de Contratación corresponde, como concluíamos en nuestra Resolución 39/2021, implica pedir la información y plasmar ésta en los Pliegos o documentación que los acompaña, incluido el hecho, en su caso, de que no se haya dado información por las salientes o se haya comunicado por éstas que no hay obligación de subrogación. Todo ello es lo que determinaría el correcto cumplimiento de la obligación que al órgano de contratación corresponde, como presupuesto necesario para evitar, en palabras de la Junta Consultiva, *“hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente”*, posibilitando, además, la exigencia, por parte de la Administración, de las responsabilidades que la propia Ley prevé para el contratista ante el incumplimiento de la obligación de proporcionarle información al órgano de contratación, imponiéndole las penalidades contempladas en el Pliego (Art. 130.4), así como su responsabilidad ante el nuevo contratista, que tendrá

acción directa frente al saliente si producida la subrogación porque así procediere, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendan de la información facilitada a la Administración y puesta en conocimiento de los licitadores por parte de ésta.

En cualquier caso, la subrogación quedará condicionada a lo que establezca el convenio colectivo aplicable a cada uno de los trabajadores. Como antes dijimos, esta última cuestión excede de la competencia de este Tribunal, y debe ser analizada por los órganos competentes para ello. Por lo que respecta al alcance de nuestra competencia y por los motivos expuestos, debemos concluir que no concurre el motivo de nulidad alegado.

A la vista de lo analizado, se concluye la improcedencia de estimar el *petitum* de anulación de los Pliegos.

Conforme a los preceptos de aplicación y la fundamentación contenida en la presente, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la reclamación en materia de contratación, presentada en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción, (CNC), contra los pliegos que rigen la licitación de la “**CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PARA LA CONSERVACIÓN DE REDES DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE EMASESA, LA EJECUCIÓN DE NUEVAS ACOMETIDAS, LA EXPLOTACIÓN DEL PARQUE DE CONTADORES Y LA PLANIFICACIÓN DE SUS ACTUACIONES**”, Expediente 0648/2024, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla S.A.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso – administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.