

Barcelona, 2 de juny de 2022

Resolució: 124/2022 (recurs N-2021-0558)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per S.F.P., en nom i representació de la FUNDACIÓ PRIVADA SIGEA, contra els plecs que han de regir la licitació del contracte dels serveis de suport a la gestió de l'Arxiu Municipal de Viladecans (AMVA) i del Museu de Viladecans (MUVA), que tramita l'AJUNTAMENT DE VILADECANS (expedient 27/2021/CSERV), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 22 de novembre de 2021, l'AJUNTAMENT DE VILADECANS (en endavant, l'Ajuntament o òrgan de contractació) va publicar la licitació en el perfil de contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual va posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT) que l'han de regir, entre altra documentació contractual. La licitació també es va publicar el 23 de novembre de 2021 en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S227.

SEGON. En data 14 de desembre de 2021, la FUNDACIÓ PRIVADA SIGEA (en endavant, SIGEA) va presentar electrònicament al registre assignat al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra els plecs que han de regir la licitació de referència, basat en aquests motius:

- 1) Els plecs no proporcionen la informació relativa a les condicions de subrogació del seu personal com a concessionària actual de les visites guiades a l'Ermita de Sales, incloses dins dels serveis a adjudicar amb aquesta licitació.

- 2) Els plecs tampoc no incorporen la informació del personal de les altres empreses concessionàries de la resta de serveis i, en concret, l'antiguitat, el tipus de contracte del personal i la identificació de les empreses concessionàries actuals que hi treballen.

Per aquests motius, sol·licita, prèvia la suspensió del procediment de contractació, l'anul·lació de la licitació.

TERCER. Rebut efectivament el recurs el 16 de desembre de 2021, en aquesta data la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar-lo a l'Ajuntament i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb la normativa d'aplicació.

QUART. En data 18 de desembre de 2021, i com a resposta al requeriment d'esmena de la legitimació i representació cursat per la Secretaria Tècnica del Tribunal, SIGEA va aportar aquesta documentació i una relació de factures amb l'Ajuntament.

CINQUÈ. En data 20 de desembre de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar a la recurrent que, examinada la documentació presentada i segons les indicacions que havia assenyalat en el formulari d'interposició del recurs sobre la documentació que adjuntava, mancava aportar, en cas que n'hi hagués, l'escrit de fonamentació del recurs.

En data 21 de desembre de 2021, SIGEA va presentar un escrit de la mateixa data en el qual explica que actualment el contracte de referència s'està realitzant en tres àmbits (1: servei de suport a l'arxiu municipal, 2: servei de suport per a la gestió del Museu de Viladecans i 3: visites guiades als edificis històrics de Viladecans, a l'Ermita de Sales i al cementiri municipal) i que la nova licitació ha agrupat els àmbits dos i tres al lot 2 preveient-s'hi la contractació d'uns perfils específics, però no el monitor amb què SIGEA ha vingut prestant amb contractes menors successius els serveis de monitoratge en visites guiades, per la qual cosa considera que el PCAP hauria d'incorporar la subrogació del seu personal.

Així mateix, al·lega que la licitació s'hauria de dividir en tres lots, conformement amb els tres àmbits geogràfics, el públic destinatari i el sistema de contractació i retribució que exposa en l'escrit.

SISÈ. La documentació sol·licitada a l'òrgan de contractació va tenir entrada al Tribunal el 24 de desembre de 2021.

En l'informe, l'Ajuntament s'oposa al recurs i en sol·licita la desestimació sobre la base, en síntesi, d'aquests motius:

- És l'empresa KUANUM, PATRIMONI INTERESSANT I DIVERTIT, SL (en endavant, KUANUM), i no SIGEA, l'actual contractista del servei de suport a la gestió de l'Arxiu Municipal de Viladecans (AMVA) i el servei de suport a la gestió del Museu de Viladecans (MUVA) en virtut del contracte adjudicat el 22 de desembre de 2017 (expedient SAC/ASG/Contractació/2017/50), per una durada de quatre anys.

Com a tal contractista, KUANUM va declarar a l'Ajuntament quatre persones que actualment presten els serveis (dues per cada lot) com a susceptibles de subrogació d'acord amb el III Conveni col·lectiu marc estatal del sector de l'oci educatiu i animació sociocultural (BOE núm. 69, de 22 de març de 2021, codi de conveni núm. 99100055012011), a fi d'incorporar en els plecs les dades necessàries de les condicions dels contractes de treball.

- El fet que la recurrent hagués prestat prèviament serveis puntuals relacionats amb les tasques incloses en el lot 2 en cap cas no suposa l'obligació de subrogació del personal, ja que els serveis prestats no es caracteritzen per les notes continuïtat i regularitat en el temps que, per contra, presenten el serveis prestats per KUANUM.

En aquest sentit, informa que els serveis puntuals de monitoratge de les visites guiades a l'Ermita de Sales que SIGEA va realitzar amb contractes menors successius no ascendeixen en cap cas a més de 20 hores anuals, com tampoc les visites guiades a altres edificis històrics de Viladecans (Torre del Baró, Can Modolell, Torre-roja i Ca n'Amat), amb un total d'entre 6 a 10 hores l'any.

La informació facilitada en l'annex VIII del PCAP sobre les condicions dels contractes dels treballadors als quals afecta la subrogació, excedeix el mínim exigít tant per aplicació de l'article 130 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer (LCSP), com de l'article 37 del III conveni col·lectiu de referència.

Quant a l'escrit de fonamentació del recurs presentat per SIGEA en data 21 de desembre de 2021, traslladat també a l'Ajuntament, l'òrgan de contractació sosté la seva inadmissió per extemporaneïtat, en tant que en aquest la recurrent modifica el contingut substantiu i essencial del recurs inicialment presentat mitjançant el formulari electrònic del recurs.

No obstant això, i *ad cautelam*, informa que és a l'Ajuntament a qui li correspon el disseny i la configuració del contracte i, en aquest sentit, les visites guiades a l'Ermita de Sales s'han d'incloure necessàriament dins el lot 2 del contracte.

Per tot això, l'òrgan de contractació sosté que el recurs ha de ser inadmès per manca de fonamentació i per extemporaneïtat de la fonamentació presentada per SIGEA, i subsidiàriament desestimat quant al fons, amb imposició de multa a la recurrent per temeritat en la seva interposició en l'import de 2.000 euros, corresponents als costos tècnics, jurídics i administratius invertits per part de l'Ajuntament a donar resposta al recurs.

SISÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, segons les dades indicades per l'òrgan de contractació, cap va fer ús del tràmit.

SETÈ. El procediment de contractació resta suspès, quant al lot 2, en virtut de la Resolució S-1/2022, de 12 de gener, en l'aclariment donat mitjançant resolució rectificativa de 19 de gener de 2022.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per conèixer del recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

SEGON. La licitació es tramita per un poder adjudicador, els plecs qualifiquen el contracte de serveis i el seu valor estimat és de 779.403,22 euros, dividit en dos lots (lot 1: servei de suport a la gestió de l'Arxiu Municipal de Viladecans –AMVA-; lot 2: servei de suport a la gestió del Museu de Viladecans –MUVA-), corresponent la lot 2 afectat per la impugnació un valor estimat de 523.659,22 euros.

D'acord amb aquestes dades, el contracte impugnat és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. El recurs impugna els plecs que estableixen les condicions de la licitació, que són actes objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 44.2 a) de la LCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

Pel que fa a l'escrit de fonamentació del recurs datat i presentat per SIGEA en data 21 de desembre de 2021, del seu contingut s'extreu que no només fa referència al motiu pel qual la recurrent reclama la inclusió entre el personal susceptible de subrogació el seu personal que ha vingut realitzant les visites guiades a l'Ermita de Sales, sinó també un motiu addicional no adduït, ni indicàriament, en el formulari d'interposició del recurs, amb el qual ataca contra la divisió de la licitació en dos lots i efectua una proposta alternativa de divisió en tres lots pels criteris geogràfics, d'usuaris i condicions econòmiques que propugna la recurrent.

Aquest motiu addicional, per la seva inequívoca invocació *ex novo*, no espontània de la recurrent i amb posterioritat al *dies ad quem* del termini d'interposició del recurs, porta el Tribunal, com objecta l'òrgan de contractació, a haver de declarar la inadmissió en part de l'escrit de fonamentació presentat, per l'extemporaneïtat del nou motiu afegit.

CINQUÈ. Atenent el contingut del recurs, el Tribunal aprecia que SIGEA té drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

SISÈ. Abans d'entrar a analitzar el fons de l'assumpte, i a propòsit de la manca de fonamentació del recurs oposada per l'òrgan de contractació, sobre la base de la qual també sol·licita l'apreciació de temeritat en la interposició del recurs, val a dir que el formulari d'interposició del recurs, certament, era breu i sintètic, però permetia identificar i deduir clarament els dos motius amb què es basa la petició i aquest Tribunal poder desplegar la seva funció revisora, no aportant l'escrit de fonamentació presentat en tràmit d'esmena -salvant el nou motiu d'impugnació que ha determinat la seva inadmissió per extemporaneïtat, tal com s'ha conclòs en el fonament jurídic quart- cap més dada diferencial que l'explicació dels antecedents de la contractació de les visites guiades a l'Ermita de Sales, sense alterar substancialment el primer motiu del recurs ni la petició adduïda inicialment.

Dit això, atenent els dos motius del recurs que s'han sintetitzat en l'antecedent de fet segon, escau dilucidar si els plecs proporcionaven la informació sobre les condicions de subrogació que determina l'article 130 de la LCSP i reclama la part recurrent, en la funció estrictament revisora que pertoca al Tribunal.

En efecte, cal recordar que la funció d'aquest Tribunal és revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa i els principis de la contractació pública (entre moltes altres, les resolucions 108/2022, 45/2022, 13/2022, 246/2020, 222/2020, 364/2019, 355/2019, 342/2019, 310/2019, 303/2019, 270/2019, 260/2019, 240/2019, 202/2019, 174/2019, 166/2019, 162/2019 d'aquest Tribunal; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea –TJUE- de 23 de novembre de 1978, Agence européenne d'intérim/Comissió, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea –TGUE- de 24 de febrer de 2000, ADT Projekt/Comissió, T145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, Brink's Security Luxembourg S.A., apartat 193).

En particular, a la vista del contingut del recurs i la defensa oposada per l'òrgan de contractació, la funció revisora del Tribunal no abraça pretensions ni vicissituds de l'execució del contracte que correspongui dirimir a altres organismes administratius i judicials, com ara

els de l'ordre laboral i social, de manera que, en aquest moment procedimental de la impugnació, la seva funció únicament es pot desplegar envers la documentació contractual objecte del recurs especial i a fi i efecte de dilucidar si en aquesta l'òrgan de contractació ha respectat els postulats de la normativa i els principis rectors de la contractació pública.

En aquest sentit, convé recordar que el coneixement i la resolució de les vicissituds que puguin afectar quant al conveni col·lectiu que resulti d'aplicació al contracte, així com les condicions de subrogació entre l'empresa contractista i el personal que ve executant les prestacions, constitueixen una matèria que queda residenciada en la competència dels òrgans administratius i judicials de l'àmbit laboral i social, no a la jurisdicció contenciosa administrativa ni a l'òrgan de contractació ni aquest Tribunal (en aquest sentit, a més de les ja citades, les resolucions 376/2019, 144/2019, 48/2019 i 293/2018, la Resolució 662/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- i les resolucions 169/2018, 59/2018, 21/2018 i 118/2013 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi).

Dit això, a més, és ja un criteri doctrinal consolidat aquell segons el qual les obligacions que l'article 130 de la LCSP estableix en matèria de subrogació són per a l'òrgan de contractació, a través dels plecs, estrictament formals i informatives -a partir de la documentació facilitada per l'empresa contractista de la prestació objecte de licitació i amb les conseqüències previstes legalment i en els plecs per al cas d'incompliment o inexactitud- de les condicions dels contractes de treball de les persones que venen executant la prestació i poden ser susceptibles de subrogació, a fi que les empreses interessades en la licitació puguin conèixer les condicions dels contractes de treball que resulti necessària per permetre una avaluació exacta dels costos laborals que pot implicar aquella mesura (en aquest sentit, entre moltes altres, les resolucions 45/2022, 156/2021, 30/2020, 59/2018, 47/2018, 115/2017, 79/2017, 76/2017 i 48/2016 d'aquest Tribunal, 662/2018, 668/2017, 576/2017, 405/2017, 1031/2016 i 269/2016 del TACRC, 268/2017, 183/2017, 144/2017 i 235/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, i 76/2017 i 69/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, i les sentències del Tribunal Suprem-Sala Social de 12 de desembre de 2017 i 23 de gener de 2017, del Tribunal Suprem-Sala Contenciosa Administrativa de 23 de gener de 2017 i de l'Audiència Nacional de 14 de setembre de 2016).

En aquest sentit, tal com determina l'article 130.1 de la LCSP, partint que la subrogació entra en joc "*cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva*

de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”, la informació a proporcionar per l'òrgan de contractació, tal com continua indicant aquest precepte, és aquella que, a requeriment d'aquest, li faciliti “la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados”, i ha de referir-se als extrems que assenyala el precepte amb caràcter de mínims (en aquest sentit, les resolucions 108/2022 i 156/2021 d'aquest Tribunal i 1398/2020 del TACRC i l'Informe 35/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado), que són els següents (el subratllat és nostre):

“(…) A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. 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. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.”

Doncs bé, aplicant tota aquesta doctrina al cas examinat, pel que fa al primer motiu del recurs, els plecs impugnats, la resta de l'expedient de contractació tramès i l'informe de l'òrgan de contractació aportat al procediment de recurs no aconsegueixen acreditar al Tribunal la manca d'inclusió de la informació del personal de SIGEA que ha vingut prestant les visites guiades a edificis històrics de Viladecans, com ara l'Ermita de Sales, tal com és una part de la prestació del servei inclòs en el lot 2 i així ho afirma l'òrgan de contractació i s'extreu del detall dels costos directes del pressupost base de licitació d'aquest lot ex clàusula 2.2 del PCAP i el contingut del PPT, i que, per tant, podria ser susceptible d'una eventual subrogació laboral segons el conveni col·lectiu sectorial d'aplicació i les empreses licitadores han de conèixer per permetre'ls una exacta avaluació dels costos laborals que pot implicar aquesta mesura, per les conseqüències econòmiques i d'altre ordre que pot comportar (en aquest sentit, a més de les ja citades, la Resolució 178/2020).

En aquest sentit, a criteri del Tribunal, les limitacions al caràcter subrogable que oposa l'òrgan de contractació, únicament referides al nombre d'hores de visites guiades realitzades anualment, inferiors a 20 hores, i la manca de continuïtat i regularitat en la seva prestació, a més de no desprendre's del contingut del conveni col·lectiu invocat, que es basa en altres paràmetres temporals i clàusules de salvaguarda, ni de cap prova recavada de l'òrgan laboral competent que pugui acreditar altrament, no poden veure's afectades –i queden entredites–

pel seguit de contractacions successives i anuals realitzades per l'Ajuntament a SIGEA amb la finalitat d'obtenir la prestació d'aquesta part del servei que ara forma part del lot 2.

En conseqüència, correspon estimar el primer motiu del recurs a fi que, per acomplir el principi de transparència i les obligacions d'informació a proporcionar en la licitació del lot 2 *ex* article 130 de la LCSP quant a la subrogació laboral, que té incidència en la confecció de les ofertes licitadores, l'òrgan de contractació proporcioni la informació de SIGEA escaient a l'efecte.

Pel que fa al segon motiu de recurs, relatiu a la manca d'informació de les condicions laborals del personal susceptible de subrogació de les altres empreses contractistes del servei que es licita i quant a antiguitat i tipus de contracte, aquest motiu decau de pla amb la sola lectura de l'annex VIII del PCAP, referit a la relació de personal que presta actualment el servei objecte del contracte dels lots 1 i 2, en la qual hi figura, entre altres dades, el nom de l'empresari contractista (KUANUM), la data d'alta a l'empresa i antiguitat del personal i el tipus de contracte laboral.

En conseqüència, correspon desestimar el recurs en el segon motiu.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per S.F.P., en nom i representació de la FUNDACIÓ PRIVADA SIGEA, contra els plecs que han de regir la licitació del contracte dels serveis de suport a la gestió de l'Arxiu Municipal de Viladecans (AMVA) i del Museu de Viladecans (MUVA), que tramita l'AJUNTAMENT DE VILADECANS (expedient 27/2021/CSERV), d'acord amb el fonament jurídic sisè.

2.- Aixecar la suspensió del lot 2 del procediment de contractació acordada pel Tribunal mitjançant la Resolució S-1/2022, de 12 de gener.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, haurà de donar compte al Tribunal de les actuacions que adopti per donar compliment a aquesta resolució.

5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 2 de juny de 2022.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta