



RE 064/2016

Acuerdo 72/2016, de 14 de julio de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por TRAZGO SERVICIO SOCIAL, S.L. frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de Gestión y animación del Proyecto de Integración de Espacios Escolares (PIEE) en colegios de educación infantil y primaria», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de junio de 2016 se publicó en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Zaragoza, y en el Boletín Oficial de Aragón, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Servicio de Gestión y animación del proyecto de integración de espacios escolares (PIEE) en colegios de educación infantil y primaria», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza. Contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 473 701,54 euros, IVA excluidos a 14 julio do.

En dicho anuncio se señala que el plazo de presentación de ofertas finaliza el 24 de junio de 2016, a las 13:00 horas.

SEGUNDO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Tipo (en adelante PCAPT) que rige la licitación, recoge en su cláusula 21,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

respecto de las causas y alcance de la posible modificación del contrato, lo siguiente:

21.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

21.1- Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público, cuando así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares específicas o en los supuestos y con los límites establecidos en el artículo 107 del T.R.L.C.S.P.

Estas modificaciones serán en todo caso obligatorias para el contratista y deberán ser acordadas por el órgano de contratación, previa tramitación del procedimiento previsto en los artículos 211 del T.R.L.C.S.P. y 102 del R.G.L.C.S.P. y formalizarse en documento administrativo con arreglo a lo señalado en el art. 156 del T.R.L.C.S.P., previo reajuste de la garantía definitiva, en su caso.

Cada vez que se modifiquen las condiciones contractuales, el contratista queda obligado a la actualización del Programa de trabajo.

1.- Modificaciones previstas:

El presente contrato podrá modificarse, si así se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares específicas, en las circunstancias, con las condiciones, alcance y los

límites allí establecidos, que deberán indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar.

En caso de prever varias causas de modificación, las circunstancias, condiciones, alcance, límites y porcentaje deberá quedar referido a cada una de ellas.

En el caso de que las modificaciones conlleven la fijación de nuevos precios, el procedimiento para su determinación será el que se señala en el pliego de cláusulas administrativas particulares específicas.

También en relación con las modificaciones, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas (en adelante PCAPE), en su cláusula e), establece o siguiente:

e) Modificación del contrato.

Como consecuencia de las necesidades detectadas por los Directores de los Centros o los servicios sociales de los barrios o por la creación de un nuevo Centro escolar, el órgano competente podrá acordar la necesidad de establecer un P.I.E.E. en un nuevo Centro educativo, con las mismas condiciones que las establecidas en el Pliego de Condiciones Técnicas.

El límite de las modificaciones por incremento de Centros objeto del contrato se establece en el 20% del precio del contrato, calculado dicho precio mediante la aplicación del importe anual para cada uno de los Lotes al que se aplicará la baja ofertada.

Dentro de estos límites el contratista ha de asumir las modificaciones.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por su parte, las Bases Técnicas (en adelante BBTT), al final de la cláusula primera, dentro de la definición del «OBJETO DEL CONTRATO», señalan:

Cuando por acuerdo del órgano competente se apruebe la necesidad de establecer un PIEE en un nuevo centro educativo, bien por la creación de un nuevo centro, bien por necesidades detectadas por los directores de los centros o los servicios sociales de los barrios, las condiciones serán las mismas que las establecidas en este Pliego.

El porcentaje del precio del contrato al que pueda optar será como máximo del 20%. El procedimiento a seguir una vez constatada la necesidad de la ampliación por darse las condiciones anteriormente prefijadas, será la adjudicación previa la tramitación reglamentaria a la entidad que hubiera resultado adjudicataria del Lote en el que por zona se encuentre incluido.

TERCERO.- Las cláusulas o), v), y w) del PCAPE recogen, respecto de la subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus condiciones laborales, lo siguiente:

o) Subrogación de personal.

Es de aplicación el II Convenio Colectivo Marco Estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE nº 168, 15 de julio de 2015), procediendo la subrogación en los supuestos y términos establecidos en el mismo.

Se adjunta en el Anexo I del Pliego de Condiciones Técnicas el listado de personas que actualmente prestan el servicio.

v) Condiciones especiales de ejecución.

-De conformidad con el acuerdo del Gobierno de Zaragoza, de fecha 10 de octubre de 2014, la empresa adjudicataria vendrá obligada a no minorar las condiciones de trabajo de los trabajadores



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, aunque el mismo pierda posteriormente su vigencia como consecuencia de la ultraactividad.

-En cumplimiento de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, todos los trabajadores que presten sus servicios en los equipamientos objeto de este contrato, así como posibles voluntarios, deberán aportar certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.

Así mismo, esta certificación deberá ser aportada por todos aquellos profesionales que impartan cualquiera de las actividades, cursos, talleres, etc., que se realicen en las Casas de Juventud y en los centros de enseñanza secundaria en los que se desarrolla el proyecto P.I.E.E., siendo la empresa adjudicataria la que responda de que el personal que imparta estas actividades se encuentre en posesión de dicho certificado.

-Cuando la empresa adjudicataria, durante el desarrollo del contrato vaya a efectuar sustituciones de los trabajadores derivados por ITL, excedencias, vacaciones, etc., contratarán a dos de cada diez personas que puedan verse afectadas por su pertenencia a colectivos más desfavorecidos.

-La empresa adjudicataria deberá tener aprobado durante la ejecución del contrato un Plan de Igualdad de mujeres y hombres, siendo condición obligatoria que, en tanto se ejecute el mencionado Plan, abonará el mismo salario sin efectuar ninguna discriminación en razón de sexo.

w) Otras obligaciones.

1. Independientemente de la baja ofertada al presupuesto de licitación, habrá de respetarse íntegramente el salario de los trabajadores establecido en el convenio colectivo que resulta de aplicación de acuerdo con la cláusula o) de este Pliego. No obstante, y dado que en dicho convenio está contemplado el derecho de subrogación de los/-as trabajadores/-as, si el salario que perciben actualmente es mayor que el fijado en el convenio, deberá respetarse íntegramente el que se esté percibiendo.

2. Las cantidades mínimas que de acuerdo con la cláusula 8 del Pliego de Condiciones Técnicas debe destinar cada entidad adjudicataria para actividades para cada Centro.

Asimismo, la Cláusula 11ª de las BBT, dentro de las «CONDICIONES GENERALES», contempla que:

Cláusula 11.- La entidad adjudicataria deberá subrogar los contratos de los trabajadores adscritos al Servicio de Gestión y Animación del Proyecto de Integración de Espacios Escolares (PIEE) en Centros de Educación Infantil y Primaria

CUARTO.- La letra s) del PCAPE, en las condiciones de facturación, dispone en cuanto a la justificación de los gastos para el abono de los servicios:

El abono de los servicios prestados se efectuará con carácter mensual en 10 pagos. Para dar por válida la factura, los gastos efectuados deberán justificarse con los comprobantes correspondientes. En las facturas que tramiten las entidades adjudicatarias han de venir desglosados los importes relativos a personal, actividades y gestión.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se presentarán a efectos de comprobantes: nóminas y el justificante de su ingreso mensualmente y los TC1 y TC2 trimestralmente; comprobantes de gastos de actividades mensualmente. En el caso de actividades que originen ingresos por aportación de los participantes, se justificará la totalidad de los gastos realizados, pero se facturará la diferencia entre gastos en ingresos y las aportaciones de los participantes en actividades deberán ingresarse en una cuenta bancaria que la entidad habilite para tal fin y que se justificarán en el Ayuntamiento. Los precios de los participantes en actividades se ajustarán a los criterios marcados desde el Ayuntamiento.

Los gastos de gestión no podrán superar el 11% del presupuesto de la adjudicación, incluidos los gastos de administración y los gastos financieros derivados de la gestión del proyecto.

La entidad adjudicataria deberá llevar una contabilidad diferenciada de cada uno de los centros que estará permanentemente a disposición del personal municipal y, junto al conjunto de la documentación justificativa del gasto realizado, podrá ser revisada anualmente por el Servicio de Voluntariado y Juventud.

La Administración tendrá la obligación de abonar el precio del contrato dentro del plazo de treinta días contados desde el día siguiente a la fecha de aprobación de la certificación o documento que acredite la conformidad de los servicios prestados con lo dispuesto en el contrato, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 216.4 del T.R.L.C.S.P., modificado por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y la Ley 11/2013, de 26 de julio.

En materia de intereses de demora será de aplicación el T.R.L.C.S.P., en los términos previstos por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, modificada por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y la Ley 11/2013, de 26 de julio.

A este respecto, la cláusula 14 de las BBTT, hace referencia a las obligaciones de la entidad adjudicataria y establece, entre otras, la de:

13. Contratar las jornadas laborales con una duración mínima de un 50 % de la jornada laboral semanal.

Las cláusulas 18 a 20 y 22 de las BBTT, dentro de la «GESTIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL GASTO», se pronuncian sobre los gastos y la contabilidad que deberá llevar la entidad adjudicataria, en los siguientes términos:

Cláusula 18.- Gastos de personal. La totalidad del gasto en personal se destinará íntegramente a la remuneración de los trabajadores que presten directamente sus servicios y deberá ser adecuadamente justificado, presentándose a tal efecto para su comprobación las nóminas y el justificante de su ingreso mensualmente y los TC1 y TC2 mensualmente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Cláusula 19.- Gastos de actividades. Con cargo al apartado de actividades se computarán los gastos relativos a la realización de las actividades en los centros, incluidos las contrataciones de personal, como monitores, para el desarrollo de las diferentes actividades, quedando excluidos los gastos para la adquisición de bienes inventariables. Estos gastos deberán justificarse acompañando a cada factura mensual los comprobantes del gasto realizado hasta completar el total anual.

El Ayuntamiento sellará las facturas originales de gastos justificativos, y se quedará con copia de dichas facturas. En el caso de actividades que originen ingresos por aportación de los participantes, se justificará la totalidad de los gastos realizados, pero se facturará la diferencia entre gastos e ingresos.

Las aportaciones de los participantes en actividades deberán ingresarse en una cuenta bancaria que la entidad habilite para tal fin y que se justificarán en el Ayuntamiento de la misma forma indicada con anterioridad.

Los precios de los participantes en actividades se ajustarán a los criterios marcados desde el Ayuntamiento.

Cláusula 20.- Gastos de gestión. Por presupuesto de "gestión" se entiende una contraprestación económica otorgada a la entidad adjudicataria por la gestión del centro. Al igual que el presupuesto de personal se facturara descomponiendo la cuantía de la adjudicación en pagos mensuales, no requiriéndose, por tratarse de una contraprestación, justificación de su destino. Con cargo a esta cuantía la entidad podrá hacer frente a los gastos derivados de la gestión de personal y gastos de dirección, seguros de responsabilidad civil, gastos financieros, etcétera.

Los gastos de gestión y / o beneficio empresarial no podrán superar el 11% del presupuesto de la adjudicación, incluidos los gastos de administración y los gastos financieros derivados de la gestión del proyecto, porcentaje que se considera adecuado y suficientes

Cláusula 22.- La entidad adjudicataria deberá llevar una contabilidad diferenciada de cada uno de los centros que estará permanentemente a disposición del personal municipal y, junto al conjunto de la documentación justificativa del gasto realizado, podrá ser revisada anualmente por el Servicio de Juventud.

QUINTO.- El 27 de junio de 2016, tiene entrada, en el Registro General del Ayuntamiento de Zaragoza, recibido en el Servicio de Contratación el 29 de junio de 2016, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Juan Manuel Fernández Pardo, en nombre y representación de TRAZGO SERVICIO SOCIAL, S.L (en adelante TRAZGO), frente a los pliegos aprobados para regir el procedimiento de licitación del contrato denominado «Gestión y animación del proyecto de integración de espacios escolares (PIEE) en colegios de educación infantil y primaria», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza Zaragoza (en adelante el Ayuntamiento).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El 23 de junio de 2016, la recurrente anunció al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- a) Nulidad de pleno derecho del PCAPE y de las BBTT por imponer una modificación obligatoria del contrato, que además no está justificada ni concretada. El ius variandi de la Administración está sometido a estrictas exigencias formales y materiales y sólo cabe para atender causas imprevistas, sin poder afectar a las condiciones esenciales del contrato. Pero, en este caso, se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido para su establecimiento, pues el régimen de modificación no está determinado, y vulnera el derecho a ser oído del contratista, que deberá acatar el modificado impuesto por el Ayuntamiento. Alega, además, la existencia de contradicción del PCAP y BBTT con el PCAPE en relación con las causas de modificación.
- b) Los Pliegos prevén una indebida subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus actuales condiciones salariales y laborales, lo que vulnera los artículos 120 y 32.a) TRLCSP. Se trata de una relación laboral ajena a la contratación, por lo que esta obligación excede del contenido de los pliegos y es nula.
- c) Alega también un abuso de las prerrogativas administrativas de control en la ejecución del contrato, pues no pueden imponerse, vía pliegos, obligaciones que vengán a desnaturalizar el objeto de un contrato de servicios, convirtiéndolo en un contrato de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

asistencia técnica. Al imponer límites injustificados al beneficio empresarial, se vulnera igualmente el principio de riesgo y ventura.

- d) Ha habido un indebido cálculo del precio del contrato, que imposibilita presentar una oferta de licitación, al no poder conocerse el valor de las prestaciones.

Por todo lo alegado, solicita la nulidad de dichas previsiones de los pliegos y, como medida provisional, se acuerde formalmente la suspensión del expediente de contratación hasta que recaiga resolución definitiva sobre el recurso.

SEXO.- El 5 de julio de 2016, el Ayuntamiento remite al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, copia del recurso, el expediente completo y un informe del órgano gestor del expediente, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP. Consta en el expediente que se ha resuelto suspender la licitación impugnada, en tanto se resuelva el recurso interpuesto frente a la misma.

No se procede por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP; dado que al tratarse de un recurso especial sobre los pliegos; y no constar ofertas, no puede acreditarse la existencia de terceros con la condición de interesados.

SÉPTIMO.- El Ayuntamiento en su informe al recurso manifiesta lo siguiente:

- a) Respecto de la posible modificación, tanto la determinación del supuesto de modificación como el procedimiento, son ajustadas a Derecho.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- b) La subrogación de los trabajadores prevista en el pliego, se recoge con carácter informativo, y el mantenimiento de las condiciones anteriores de los trabajadores se enmarca dentro de los posibles objetivos sociales que puede perseguir la contratación pública.
- c) En cuanto al cálculo del precio, se ha realizado tomando en consideración el precio de mercado y el precio del contrato anterior, no habiéndose producido variaciones que justifiquen una modificación de éste.
- d) En referencia al posible abuso de las prerrogativas de la Administración, alega que por el objeto del contrato se hace preciso un control del gasto, de las actividades y personal y su correspondencia con la finalidad del proyecto.
- e) Por lo que se refiere a la limitación del beneficio empresarial, se encuentra dentro de las políticas de protección de empleo y de la «contratación pública responsable», y responde al objetivo de evitar que se reduzcan los costes al máximo para obtener un mayor beneficio.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de TRAZGO para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El acto es recurrible, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso cuestiona la legalidad del sistema de modificación contractual, por entender que no se encuentra correctamente delimitado y que vulnera el derecho del contratista a ser oído.

Este motivo no puede prosperar porque las previsiones de los pliegos — los tipo, los específicos y los técnicos— ofrecen una regulación que cumple las exigencias de los artículos 105 a 107 TRLCSP, cuya tramitación se remite de forma expresa a la normativa legal y reglamentaria, sin alterar los derechos del contratista. Como ya se señaló en nuestro Acuerdo 76/2015, en relación a la modificación de los contratos públicos, los pliegos de una licitación deben contemplar cómo se actuará ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, y si se permite la modificación contractual, en cuyo caso, su importe se deberá tener en cuenta a la hora de calcular el valor estimado, pues, sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero objeto del contrato. Y esta exigencia es cumplida por el pliego impugnado, que refiere los precios de la modificación a la baja ofertada. Asimismo, no parece que exista falta de diligencia en la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

motivación de que pueda existir necesidad de modificación del contrato por la necesidad de establecer un P.I.E.E. en un nuevo Centro educativo, pues no existen indicios de indebida planificación sobre esta cuestión y resulta suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción que habilitaría una modificación, tal y como se propone en los pliegos del contrato impugnado.

Por el contrario, resulta de más difícil justificación, a priori, la posibilidad de modificación por nuevas necesidades detectadas por los directores de centros o servicios sociales. Esas nuevas necesidades no pueden servir para corregir una indebida previsión de necesidades y, por ello, como ya se indicó en el Acuerdo 76/2015, deberán responder necesariamente a estos requisitos:

a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de preparación del contrato inicial.

Esta imprevisibilidad de nuevas necesidades es condición sine qua non, para la validez de la modificación del contrato, y deberá ser motivada en la preceptiva publicación y notificación a los licitadores, tal y como exige la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón

En definitiva, la arquitectura de la posibilidad de modificación contenida en los pliegos, conforme a los criterios interpretativos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

expuestos, se ajusta al marco normativo vigente. Asimismo, la característica de ser un contrato administrativo (artículo 19.1.b) TRLCSP), permite la imposición del modificado hasta el límite del veinte por ciento del importe del contrato (211 TRLCSP).

Procede, en consecuencia, desestimar estos motivos de recurso.

TERCERO.- La recurrente considera ilegal la subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus actuales condiciones salariales y laborales, al vulnerar los artículos 120 y 32.a) TRLCSP.

La obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia 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. Es decir, cuando por convenio colectivo, o por previsión legal, se contempla la obligación de subrogación, los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. Es, en suma, una obligación laboral, pero indisponible por el pliego, pues las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, tal y como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Tal posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que permiten un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, que admite incluso la subrogación «contractual»).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Procede, por tanto, desestimar esta pretensión del recurso y declarar conforme la previsión de subrogación.

Por lo que se refiere a la obligación de subrogación, conviene recordar que el artículo 120 TRLCSP, exige que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, sea cual fuera la causa de su imposición (legal, convencional o contractual):

«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».

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión indicando que:

- a) 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.
- b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP —y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

«la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos».

Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el Tribunal dice que:

«La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, 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 concluye:

«...a juicio de este Tribunal 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 contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa».

Pues bien, esta exigencia se ha cumplido por el Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Se cuestiona también el cálculo del valor estimado.

Por supuesto, la exigencia de subrogación —legal, convencional o contractual— debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar correctamente el valor estimado del contrato. Así lo advierte, por ejemplo, el Tribunal administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución 62/2013, de 14 de noviembre, al advertir que uno de los criterios para establecer el valor estimado del contrato debería ser el de los costes laborales según el Convenio Colectivo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aplicable al sector: «(...) debe recordarse que el Convenio núm. 94 de la OIT sobre las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, impone como una de las obligaciones de la Administración que en los contratos públicos se asegure a los trabajadores del contratista unas condiciones de trabajo equitativas, esto es “el goce de salarios u condiciones de trabajo no menos favorables que las de los demás trabajadores de la actividad y lugar”, circunstancias que debería haberse tenido en cuenta por el órgano de contratación al establecer el valor estimado del contrato (artículos 87 y 88 del TRLCSP)». Y tal obligación parece cumplida en la licitación impugnada, cuyo precio se ajusta al precio de mercado.

Por último, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, *Regio Post*, (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato.

Asimismo, el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son *lex contractus* que vinculan durante su ejecución conforme al principio *pacta sunt servanda*, sin que la ultra-actividad de los convenios puede interferir en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación.

Procede, en consecuencia, desestimar esta pretensión y declarar legal esta exigencia del pliego.

CUARTO.- La recurrente argumenta que existe un abuso de las prerrogativas administrativas de control en la ejecución del contrato, pues no pueden imponerse, vía pliegos, obligaciones que vengán a desnaturalizar el objeto de un contrato de servicios, convirtiéndolo en un contrato de *asistencia técnica* donde desaparece la capacidad de gestión de la empresa. Y citan como ejemplo, las exigencias/condiciones referidas a control y disposición de gastos de personal, de actividades y de gestión del apartado S) del PCAPE, cláusula 14.13 BBTT y cláusulas 18 a 20 y 22 BBTT.

Como ha advertido la Resolución 16/2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, las condiciones sociales de los contratos públicos, en tanto política pública, pueden formar parte del diseño de un contrato si bien, deben estar vinculadas, directa o indirectamente, al objeto del contrato. Esta es, por lo demás, la filosofía de la nueva regulación europea de la contratación pública, validada por la jurisprudencia del TJUE.

En todo caso, no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen» la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal— y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15— .

Desde esta perspectiva, las previsiones cuestionadas por el recurrente no quiebran las reglas expuestas, pues se limitan a garantizar la correcta ejecución del contrato y del destino correcto de los pagos que realiza la Administración. La exigencia de los TC1 y TC2 que acreditan el pago de nóminas, o de justificación detallada de los gastos del contrato (que no una imposición de separación contable de la empresa para cada uno de los contratos), son previsiones razonables y necesarias que no erosionan la legítima capacidad de decisión de la empresa en la ejecución de su actividad.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de recurso y considerar conformes, por su vinculación a la correcta ejecución del contrato, las condiciones sociales impugnadas.

Se cuestiona, por último, la exigencia de limitar los gastos de gestión y/o beneficio industrial, en tanto, a juicio del recurrente, vulnera el principio de riesgo y ventura de todo contrato público de servicio y puede falsear, de forma indebida, el derecho de competencia, resultando



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ilegal. La lógica del mercado se justifica en el riesgo y en el beneficio, que son la esencia del principio de concurrencia. Condicionar de forma indebida uno u otro, o ambos, altera las reglas esenciales del procedimiento de selección de la contratación pública, y comportaría una contravención de los principios constitucionales regulatorios de la actividad económica.

Sin embargo, no parece que exista tal infracción en la decisión impugnada, que pretende una política transparente de las ofertas económicas que presentan las empresas y donde, en un contrato de servicios con importante incidencia del factor personal, resulta conveniente limitar de forma razonable los costes indirectos de gestión, en tanto permiten garantizar la exigencia de calidad/precio (mejor rentabilidad) de las ofertas, tal y como previene el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Por lo demás, por comparación con las exigencias que para el contrato de obras (con unos evidentes mayores gastos) contiene el artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resulta razonable y no desproporcionada la opción contemplada en el pliego.

Procede, en consecuencia, desestimar también este motivo del recurso y declarar la legalidad del procedimiento de licitación y la validez de las distintas condiciones sociales de ejecución del contrato cuestionadas por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:



III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por D. Juan Manuel Fernández Pardo, en nombre y representación de TRAZGO, frente a los Pliegos que rigen la licitación denominada «Servicio de Gestión y animación del proyecto de integración de espacios escolares (PIEE) en colegios de educación infantil y primaria», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

José María Gimeno Feliu

EL SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Miguel Ángel Gil Condón