

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. - 44/2021

RESOLUCIÓN Nº.- 47/2020

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

En Sevilla, a 30 de diciembre de 2021.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, interpuesto por M.J.A.L., en nombre y representación de COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la contratación de los **“Servicios de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de los centros, “Centro de Cerámica Triana” (Lote 1), “Castillo de San Jorge” (Lote 2) y “Antiquarium de Sevilla” (Lote 3)”**, Expediente 701/21, tramitado por el Instituto de la Cultura y las Artes del Ayuntamiento de Sevilla (en adelante ICAS), este Tribunal adopta la siguiente Resolución

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fechas 12 y 13 de diciembre de 2021, respectivamente, se publican anuncios de licitación y Pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, del Contrato de **Servicios de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de los centros, “Centro de Cerámica Triana” (Lote 1), “Castillo de San Jorge” (Lote 2) y “Antiquarium de Sevilla” (Lote 3)”**, tramitado por el Instituto de la Cultura y las Artes del Ayuntamiento de Sevilla, constando su envío al DOUE con fecha 10 de diciembre.

SEGUNDO.- Conforme a la Cláusula 15 del Anexo I al PCAP, en la que se recoge la información a suministrar en cumplimiento del art. 130LCSP :

15.- INFORMACIÓN SOBRE LAS PERSONAS QUE PRESTAN EL SERVICIO EN CADA LOTE EN LOS TÉRMINOS DEL ART 130 LCSP.

En cumplimiento de las disposiciones contenidas en el art. 130 LCSP, se ha solicitado a las entidades prestatarias de los servicios objeto del contrato de cada LOTE, en el momento de aprobación de los pliegos, información relativa al personal que actualmente presta el servicio, por lo que, en relación con lo establecido en el art. 130 LCSP se transmite la siguiente información a los licitadores que pudieran estar interesados:

- **LOTE 1: CENTRO CERÁMICA TRIANA**

Relación de personal que actualmente presta el servicio: Servicios de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de “Centro de Cerámica Triana” (Lote 1)

Convenio colectivo de aplicación: Convenio Colectivo de ocio educativo y animación sociocultural.

TRABAJADOR/A (Identificar con iniciales)	CATEGORIA	TIPO DE CONTRATO	JORNADA	FECHA DE ANTIGÜEDAD	VENCIMIENTO DEL CONTRATO	SALARIO BRUTO ANUAL	PACTOS EN VIGOR APLICABLES AL TRABAJADOR
GBJC	GRUPO VI: AUX.SERV. GENERALES	200	35 HORAS /SEMANA	26/07/2021	INDEFINIDO	14.848,56 €	TRABAJA POR TURNOS
GGV	GRUPO VI: AUX.SERV. GENERALES	200	35 HORAS /SEMANA	28/07/2021	INDEFINIDO	14.848,56 €	TRABAJA POR TURNOS

• **LOTE 2: CASTILLO SAN JORGE**

Relación de personal que actualmente presta el servicio: Servicios de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de "Castillo San Jorge" (Lote 2)

TRABAJADOR/A (Identificar con iniciales)	CATEGORIA	PERSONA CON CAPACIDADES DIFERENTES	TIPO DE CONTRATO	JORNADA	FECHA DE ANTIGÜEDAD	VENCIMIENTO DEL CONTRATO	SALARIO BRUTO ANUAL
LBR	INFORMADOR	NO	502	58,75%	20/07/2021	19/01/2022	5.500,00 €

JSV	INFORMADOR	NO	502	60,00%	01/08/2021	19/01/2022	7.980,00 €
-----	------------	----	-----	--------	------------	------------	------------

Convenio colectivo de aplicación: Hostelería y, dentro de este convenio, en la categoría Animador de Ocio y Tiempo Libre.

• **LOTE 3: ANTIQUARIUM**

Relación de personal que actualmente presta el servicio: Servicios de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de "Antiquarium" (Lote 3)

Convenio colectivo de aplicación: Hostelería y, dentro de este convenio, en la categoría Animador de Ocio y Tiempo Libre.

TRABAJADOR/A (Identificar con iniciales)	Categoría	PERSONA CON CAPACIDADES DIFERENTES	TIPO DE CONTRATO	JORNADA	FECHA DE ANTIGÜEDAD	VENCIMIENTO DEL CONTRATO	SALARIO BRUTO ANUAL
LPCR	INFORMADOR	NO	502	83,35%	20/07/2021	19/01/2022	11.085,48 €
ABSR	INFORMADOR	NO	200	97,50%	20/07/2021	19/01/2022	12.967,32 €

TERCERO.- Con fecha 17 de diciembre de 2021 se presenta escrito en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, registro de este Tribunal, por el que se interpone recurso especial en materia de contratación en nombre y representación de COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la contratación, por considerar que el Convenio aplicable al contrato es el II Convenio Colectivo Marco del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Habida cuenta que en la escritura de poder que se adjunta no figura éste a favor de la firmante, faltando el documento que acredite su representación, se le requirió para que, en el plazo de tres días hábiles, subsanare la falta, subsanación que fue efectuada en plazo.

CUARTO.- Recibido el recurso, por parte de este Tribunal, el mismo día 17 se da traslado del mismo al ICAS, solicitando la remisión del expediente, así como el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada unidad tiene entrada el día 22 del presente, manifestando su oposición a la

fundamentación del recurrente y el traslado a los interesados para alegaciones, con fecha 21 de diciembre.

QUINTO.- El 22 de diciembre se recibe en el Tribunal el escrito de alegaciones presentadas por la mercantil OVEJERO SEQUEIRO SL, identificándose como actual prestataria del Servicio de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de los centros, Castillo de San Jorge (Lote 2) y Antiquarium de Sevilla (Lote 3), y declarando que “Que la empresa que represento tiene a sus trabajadores encuadrados en el Convenio Colectivo de OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL, para lo que se adjuntan a este escrito los contratos de todos y cada uno de los trabajadores para que este tribunal pueda hacer las comprobaciones oportunas.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

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

En cuanto 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.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”

El apartado 3, postula que *“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 al órgano de contratación, 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. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

5. Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios.

6. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

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

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, 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 mesa o del órgano de contratación 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 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

Por lo que respecta a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o*

jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Sobre la legitimación activa de las organizaciones sindicales para la interposición del recurso especial en materia de contratación, hemos de partir de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 358/2006, 153/2007, 202/2007, y 33/2009, entre otras) que postula un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar las decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, mantenida igualmente por los órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación (a título ejemplificativo, Resoluciones 277/2011, 47/2017, 524/2017 y 206/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractual, Resoluciones 56/2013, 255/2015, 193/2016, 37/2017, 165/2018 y 220/2020 del Tribunal de Andalucía, Resolución 63/2019 del Tribunal de Madrid).

Ahora bien, esa genérica legitimación de los sindicatos, como el propio Tribunal Constitucional matiza, ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como ya se dijo en la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1994, «*la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer*».

Como señalaba la Sentencia de la Audiencia Nacional 348/2016, «*En relación con el concepto de interés legítimo sobre el que gravita el reconocimiento de legitimación existe una acabada jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso referida al alcance con el que cabe reconocerla a los sindicatos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Según esta jurisprudencia (por todas STS de 17 de mayo de 2005, rec. cas. 5111/2002, dictada precisamente en materia contractual), la legitimatio ad causam de la parte recurrente viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción del prestigio profesional o científico inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad. Así, el Tribunal Supremo ha insistido en que “la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto*

(sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento”».

En la misma línea, puede destacarse la Sentencia nº 342/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18/05/2018, aludiendo a la doctrina Jurisprudencial establecida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de Enero de 2009 (recurso 188/2007) en torno a la legitimación de los Sindicatos.

Por otra parte, nuestro Tribunal Supremo también ha declarado reiteradamente, según se refiere en las Sentencias de 7 de Abril de 2005 (recurso 5572/2002) con cita de las Sentencias de 29 de Octubre de 1986 , 18 de Junio de 1997 y de 22 de Noviembre de 2001 (recurso 2134/1999), "que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "*ad procesum*" y la legitimación "*ad causam*". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos".

Pero distinta de la anterior es la legitimación "*ad causam*" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la Sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e "implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito".

La LCSP dispone expresamente, a diferencia de su predecesora que "*Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación(...)*".

Quiere decirse, pues, que la legitimación de un sindicato para recurrir solo será admisible cuando se pueda deducir fundadamente de las decisiones impugnadas que, en la ejecución del contrato, el empresario va a incumplir obligaciones sociales o laborales de los trabajadores, y no en otro caso, o cuando el recurso se refiera a cuestiones de legalidad ordinaria del contenido de los pliegos.

De esta manera, y como señalaba el Tribunal Administrativo de Recursos de Andalucía en sus recientes Resoluciones 220/2020 y 157/2020, frente a la regla general de legitimación que se contiene en el primer párrafo del citado artículo 48 de la LCSP, la regla específica prevista para las organizaciones sindicales requiere, constituyendo pues una carga para la recurrente, que en su escrito de recurso acredite de forma motivada su legitimación por la concurrencia de los requisitos exigidos, en el caso que se está analizando, que de los pliegos se pueda deducir fundadamente que el

empresario va a incumplir sus obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

Como argumenta el Tribunal andaluz, mediante la incorporación de este segundo párrafo al artículo 48 de la LCSP, el legislador ha tratado de determinar cuándo se da esa relación directa e incuestionable de la pretensión con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores afectados, exigiendo, en el presente caso, que de los pliegos pueda deducirse de forma fundada que la adjudicataria del contrato, en su ejecución, va a incumplir las obligaciones sociales o laborales respecto de sus trabajadores.

La legitimación, en consecuencia, va inexorablemente ligada al hecho de que pueda deducirse fundadamente de la actuación recurrible que ésta implicará que el empresario adjudicatario, durante la fase de ejecución del contrato, incumpla obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación, sin que aquella pueda extenderse a cuestiones de legalidad ordinaria del contenido de los pliegos o a otros extremos.

En el supuesto analizado en el recurso que nos ocupa, puede estimarse, en sentido amplio, que el mismo afecta a los derechos e intereses de los trabajadores, a los que el Sindicato en cuestión viene a representar, por lo que se concluye su legitimación al amparo de lo previsto en el art. 48 de la LCSP, ya que se plantean cuestiones sobre apartados de los Pliegos de la licitación que se refieren a ciertas condiciones de ejecución del contrato que podrían afectar, al menos *prima facie*, al debido cumplimiento de las obligaciones sociales o laborales del empresario respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta en la determinación del que, a juicio del recurrente, constituye el Convenio de aplicación, manifestando, asimismo la existencia de una irregularidad en lo que atañe al criterio de “estabilidad de la plantilla” del apartado 7.3 del Anexo I al PCAP.

Por los motivos expuestos, se pretende mediante el recurso, según consta expresamente en el mismo, “la revisión y rectificación del Pliego de Prescripciones Técnicas para contratar el servicios de información y recepción de visitantes y servicio de venta directa y anticipada de entradas de los centros “Centro Cerámica Triana”(Lote 1), “Castillo San Jorge” (Lote 2) y “Antiquarium de Sevilla” (Lote 3), de manera que se establezca como de plena y total aplicación al personal afectado el III Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural y se suprima el criterio 3 de adjudicación del citado proceso de licitación que consta en su Anexo I.”

Por lo que respecta a la primera cuestión, defiende el recurso que “Dentro del Pliego de Prescripciones Técnicas se incluyen las condiciones de las ofertas el personal para la organización y cualificación del servicio con que debe contar el contratista. Al respecto, su Anexo I sobre Condiciones del contrato de servicios expresamente especifica en su apartado 15 sobre Información SOBRE LAS PERSONAS QUE PRESTAN EL SERVICIO EN CADA LOTE EN LOS TÉRMINOS DEL ART 130 LCSP que en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el art. 130 LCSP, se ha solicitado a las entidades prestatarias de los servicios

objeto del contrato de cada LOTE, en el momento de aprobación de los pliegos, información relativa al personal que actualmente presta el servicio, transmitiendo a los concurrentes al proceso de licitación cuál es el convenio colectivo de aplicación.

Y expresamente también se indica que en el Centro Cerámica Triana (lote 1) resulta de aplicación el Convenio Colectivo de ocio educativo y animación sociocultural, mientras que en Castillo San Jorge (Lote 2) y en el Antiquarium (Lote 3) dice de aplicación el Convenio Colectivo de Hostelería y, dentro de este convenio, la categoría de Animador de Ocio y Tiempo Libre.

Pues bien, no sólo en el Convenio Colectivo del Sector de Hostelería no se contempla la categoría profesional de Animador de Ocio y Tiempo Libre, sino que no resulta en absoluto de aplicación dicho Convenio Colectivo, sino el de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Así lo reconoce el propio Anexo I respecto del Lote 1 y el PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS en su apartado 10, que no distingue entre Lotes respecto de la adecuación del precio del contrato y dispone textualmente:

De conformidad con el art. 100 LCSP, el precio de este contrato es adecuado a mercado e incluye los costes directos e indirectos, así como otros eventuales gastos calculados para su determinación, por lo que se entiende que el precio de este contrato es adecuado a los precios generales de mercado, y al haberse establecido en función del criterio basado en la referencia del importe de contratos similares anteriormente adjudicados por el ICAS. [...] Para el cálculo del importe del contrato se ha aplicado la Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural. (BOE nº 69 de 22 de marzo de 2021).”

Considera el recurrente que “Al establecer una dualidad de convenios colectivos para la aplicación a la plantilla de los distintos centros objeto de licitación, el Pliego impone unas condiciones laborales que no se ajustan a Derecho, pues conforme a la actividad económica de los centros de trabajo objeto de licitación corresponde la aplicación del Convenio Colectivo del Sector del Ocio.

Y ello porque tanto la actividad de los centros como las funciones de los trabajadores y trabajadoras que prestan servicios en los centros de trabajo dependientes del ICAS y objeto de licitación se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del citado II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural conforme a lo dispuesto en su artículo 2 en cuanto constituyen actividades de [...] organización y gestión de servicios socioculturales y educativos, tanto de equipamientos como de programas socioculturales, como los dirigidos a centros cívicos y culturales, centros de animación y centros socioculturales de Personas Mayores, animación deportiva, bibliotecas, salas de lectura y encuentro, equipamientos juveniles, servicios de información juvenil, ludotecas, centros de tiempo libre, museos, semanas culturales, exposiciones, talleres, actividades de dinamización del patrimonio y, en general, cualquier tipo de gestión de equipamientos, programas y acontecimientos de acción sociocultural y cultural de educación en el tiempo libre,...

Conforme al criterio de la normativa de aplicación, la doctrina y la jurisprudencia que la aplica e interpreta y la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos la determinación del convenio colectivo aplicable ha de atender al ámbito funcional de la actividad empresarial. De hecho, en situación previa relativa a los mismos centros de trabajo ahora objeto de licitación, el sindicato recurrente, con base en el artículo 12 del vigente II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, planteó ante la Comisión Paritaria y ante el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales consultas sobre la aplicabilidad de dicho Convenio al personal que presta funciones de informador en los distintos espacios culturales

dependientes del ICAS. Ambos organismos determinaron que efectivamente el citado Convenio Colectivo constituye la norma de aplicación al personal que presta servicios en los espacios culturales municipales referidos. Y ello no sólo porque se trata de una cuestión resuelta previamente en ámbitos idénticos, sino también como consecuencia de una interpretación literal y sistemática de la norma convencional, que no sólo recoge las funciones de este personal sino también incide en su ámbito de aplicación el convenio cuando establece textualmente que será de aplicación a todos los trabajadores y trabajadoras que presten sus servicios en las empresas incluidas en el ámbito funcional y territorial del mismo, excluyendo únicamente al personal funcionario o laboral de servicios de la Administración del Estado, de las Administraciones Autonómicas y Municipales y a los autónomos que mantengan una relación de arrendamiento de servicios con aquellas.

El Ayuntamiento de Sevilla, Administración Local a que pertenece el Instituto de la Cultura y las Artes de Sevilla, y este organismo en cuanto gestor de los espacios culturales municipales, son conocedores de la situación al haber sido informados por el sindicato y haber comparecido al acto de conciliación y mediación ante el Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. De hecho, el ICAS puso de manifiesto su criterio de que el convenio colectivo de aplicación era el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, y que en la presente licitación, ya bajo en ámbito de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, habría de ser especificada esta norma como de aplicación a las relaciones laborales entre las adjudicatarias y el personal de los espacios culturales municipales. Y así consta en el cálculo del importe del contrato, sin que exista justificación para que se especifique el convenio colectivo de hostelería en la definición de categorías y puestos de trabajo, pues incluso en dicho convenio colectivo no existe la categoría referenciada en el Pliego.

En conclusión y con base en los argumentos expuestos, entiende el sindicato que el convenio colectivo de aplicación al personal que presta servicios de en los espacios culturales del ICAS dependientes del Ayuntamiento de Sevilla ha de ser el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, debiendo constar de ese modo en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En el informe remitido a este Tribunal, el Órgano de Contratación destaca, en primer lugar, “como bien señala la recurrente en su escrito, el ICAS toma de referencia para la determinación del precio/hora, el salario base que se establece en el Convenio colectivo marco estatal del sector de ocio educativo y sociocultural.

Esto es, se toma de referencia el valor que se establece en el Convenio Colectivo, pero en ningún lugar de la regulación contenida en el Pliego, consta la obligación de la Administración imponiendo la aplicación del mismo a las entidades licitadoras, ya que la Administración no tiene la facultad de regular en pliegos la imposición de una obligación de este alcance.”, trayendo a colación, a estos efectos, diversas resoluciones de órganos análogos a este Tribunal, en las que se contiene la consabida doctrina conforme a la cual *los convenios colectivos son producto de la negociación y el acuerdo entre empresarios y trabajadores (art. 82.1 ET), y no pueden imponerse a ambas partes por el poder adjudicador por vía contractual, pues el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable según la normativa laboral (y no ninguno otro) deba regir durante la ejecución del contrato, con las consecuencias legales que su incumplimiento pueda conllevar* (Resolución del Órgano Administrativo de recursos contractuales del País Vasco, nº 59/2017, Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, 315/2018, de 10 de octubre de 2018, Resoluciones del Tribunal Central de

Recursos Contractuales, nº 159/2016 y 708/2017, de fechas 16 de diciembre de 2016 y 11 de agosto de 2017.

Argumenta el informe que “En segundo lugar, el apartado 15 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contiene la información que se ofrece a las entidades interesadas en participar en la licitación sobre las personas trabajadoras que prestan el servicio en el momento de la licitación, información facilitada en todo momento por las entidades contratistas del servicio en dicho momento, las entidades KREA GESTIÓN DE LA CULTURA Y EL OCIO, adjudicataria del Lote 1 y OVEJERO SEQUEIRO, como adjudicataria del Lote 2 y 3; cuya documentación consta publicada en la Plataforma de Contratación Pública en el Expediente 301/21; todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 130 LCSP.

De esta forma, en la fase de preparación de los pliegos, con fecha 9 de noviembre de 2021, se remite consulta a las entidades adjudicatarias del Expediente 301/21 del Servicio de atención al visitante de Centro de Cerámica de Triana, Castillo San Jorge y Antiquarium, las cuales responden dentro del plazo indicado con la información que se contiene en el Anexo I apartado 15.

No obstante lo anterior, habiéndose analizado la documentación aportada por las referidas entidades adjudicatarias, se detecta un error de transcripción en la definición del Convenio colectivo que se contiene como aplicable por la empresa OVEJERO SEQUEIRO, adjudicataria del Lote 2 y 3, siendo el convenio aplicable por la misma, según consta en la documentación rubricada por esta empresa (oferta económica correspondiente al Lote 2 y 3 del Expediente 301/21): EL CONVENIO DE SECTOR OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL código 9910005012011; y por tanto, no siendo correcto el convenio referido en el citado apartado 15 Anexo I PCAP: “*Convenio de Hostelería.*”

Dicho error material procede de la equivocación que se produce como consencuencia de confusión de las ofertas formuladas por la misma empresa OVEJERO SEQUEIRO en el Expediente 702/19 de Contrato de servicio de atención al visitante de los espacios Centro de Cerámica de Triana, Castillo San Jorge y Antiquarium, que se encontró en vigor hasta el día 3 de junio de 2021, y al que vino a sustituir el Expediente 301/21. La oferta que la empresa OVEJERO SEQUEIRO presentó en el año 2019, en el Expediente 702/19 y que consta, como documentación adjunta, indicaba que la empresa aplicaba el Convenio Colectivo de Hostelería.”

Admitido el error, se entiende por la unidad tramitadora que “habiéndose detectado el error e identificada la procedencia del mismo, y en aplicación de lo establecido en el art. 109 Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “*podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos*”; se trataría de un error no invalidante del Pliego, que cabría subsanar por el órgano de contratación en cualquier momento, bien a de oficio o a instancia de parte.

A lo anterior se añade que se trataría en todo caso de un error material no invalidante del contenido de la licitación, ya que el mismo no afecta a la regulación de ninguna cláusula de contenido obligatorio para las entidades licitadoras y que, como indicábamos en el apartado anterior, en base a la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales: “***una designación acertada o equivocada en modo alguno el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa.***» (Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, nº 159/2016 y 708/2017, de fechas 16 de diciembre de 2016 y 11 de agosto de 2017).

Así, debe tenerse en cuenta que la regulación contenida en el apartado 15 del Anexo I PCAP, a la luz de la regulación del apartado 1º del art. 130 LCSP, no supone sino el cumplimiento desde la unidad administrativa de la obligación de informar a las entidades interesadas en participar en la licitación de las condiciones que afectan a las personas trabajadoras del servicio de cada lote, con el objeto de garantizar que cualquier empresa que pudiera tener interés en participar en el proceso tuviera a su alcance todos los datos de naturaleza relevante a los efectos de formular su oferta, partiendo de una situación de igualdad entre licitadores.

De esta forma, al igual que en el supuesto anterior, en el que en el apartado 10 del PPT se hace referencia al Convenio Colectivo de marco estatal del sector de ocio educativo y sociocultural, como referente a la hora de determinar el cálculo del precio/hora aplicable al servicio, en este apartado 15 del Anexo I PCA, se hace referencia, siempre a nivel informativo, de los convenios colectivos que cada una de las entidades prestatarias del servicio en el momento de preparación de los pliegos aplica a su personal trabajador, así como de las condiciones que afectan a las correspondientes personas trabajadoras, pero nunca se incluye esa información con el carácter de norma que imponga una obligación de aplicación a las entidades, ni siquiera, podría suponer la imposición de la obligación de subrogación del personal, como ya ha quedado constatado por la doctrina de los Tribunales administrativos sobre la materia.”

La propia prestataria del Servicio, confirma en sus alegaciones que el Convenio que aplica en los Lotes 2 y 3 es el Convenio Colectivo de OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL.

Efectuadas las alegaciones de las partes, hemos de comenzar trayendo a colación la doctrina que en relación con las cuestiones planteadas venimos manteniendo, siendo de resaltar que algunas de las Resoluciones en las que se contiene fueron dictadas, precisamente en relación con recursos planteados contra procedimientos del ICAS (Véanse Resoluciones 26/2020 o 26/2021).

La Resolución 26/2020, analiza las previsiones que en relación con los Convenios Colectivos contiene la Ley de Contratos, concluyendo que *“De los artículos citados puede extraerse que el Pliego debe consignar la obligación de cumplimiento del Convenio de aplicación, “recordar” que hay un convenio colectivo de aplicación, con unas condiciones salariales para los trabajadores, que el adjudicatario deberá cumplir, cuestión distinta es imponer la sumisión del adjudicatario a un determinado convenio colectivo”*, el Convenio Colectivo de aplicación será el que corresponda, no pudiendo imponerse por los Pliegos

Se considera así, que los pliegos no pueden exigir el cumplimiento de un cierto convenio colectivo, por tratarse de una cuestión que, en puridad, se halla extramuros de la contratación administrativa, de modo análogo a como ocurre con la cuestión de la subrogación, respecto a la cual tanto la doctrina de los Órganos de Resolución de Recursos como la Jurisprudencia (por citar una de la más recientes, la Sentencia Nº 847/2019, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 5, Rec. 702/2016 de 18 de Junio de 2019) no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato, señalando el Alto Tribunal que solo cuando la subrogación venga impuesta por ley o por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.

El principal argumento empleado por la Jurisprudencia contencioso-administrativa para rechazar la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación es sin duda, el que parte de considerar que dicha obligación solo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa previsto en el art. 44 ET -en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los términos previstos en dicho precepto-, en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el Convenio colectivo que resulte aplicable. No cabe, para los órganos administrativos encargados de interpretar y controlar la legalidad de los

Pliegos de condiciones, que estos incorporen cláusulas subrogatorias fuera de estos supuestos.

La razón para llegar a esta conclusión es que una cláusula de estas características excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status de trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. En la misma línea, nuestras Resoluciones 1/2021, 23/2021,31/2020, 36/2021 y 39/2021.

Puede así nuestra doctrina resumirse en los siguientes puntos fundamentales:

1.- 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

2.- 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 concurren 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.

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.

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 ni determinar el Convenio a aplicar, ni establecer o no la subrogación, 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 "*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.

.- 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.

Concluíamos, 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 señalábamos en la Resolución 1/2021, 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 concurren a la adjudicación del mismo en igualdad de condiciones

Como señalaba el TSJ de Galicia, St 197/2020, *“ el deber del órgano de contratación se limita a trasladar la información necesaria para la correcta estimación de los costes, sin que los pliegos puedan modificar los derechos de los trabajadores y deberes de la empresa adjudicataria y, por lo tanto, sin que una inexactitud en los datos facilitados, de la que no es responsable, afecte a la subrogación.”*

Tal y como razonábamos en nuestra resolución 39/2021, la cuestión se centra en el examen del cumplimiento de la obligación que al órgano de contratación corresponde, en orden a incluir en los Pliegos la información correspondiente sobre subrogación, información que tiene por objeto, como decíamos, proporcionar el mejor conocimiento de costes, así como garantizar los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores.

A tales efectos, hemos de comenzar por el análisis de la naturaleza, finalidad y contenido de dicha obligación, la cual se contempla en nuestro ordenamiento, como es doctrina aceptada, como una obligación de carácter formal, pero de obligado cumplimiento, habida cuenta de sus repercusiones. Como señalara el Tribunal Central en su Resolución 680/2020 “el artículo 130.1º de la LCSP que exige que los servicios dependientes del Órgano de Contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. Dado que la empresa actual prestador a del servicio está obligada a suministrar toda la información laboral de los trabajadores que van a quedar afectados por la subrogación, lógico es que han de ser los propios pliegos los que han de transmitir dicha información. (...)

La omisión en el pliego de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato, no cabe sino concluir que dicho defecto vicia el pliego objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho (artículos 1 y 132 LCSP en relación con los artículos 39.1º de la LCSP y 47.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Con relación a la obligación de informar a los licitadores, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 33/02, de 23 de octubre de 2002, reconoce el derecho de los licitadores a conocer *“suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley. Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan en los términos establecidos en el artículo 79.1 de la Ley, el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición”*.

La inclusión en la documentación contractual de la información sobre el personal a subrogar tiene, en efecto, la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP, en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, a fin de posibilitarles el conocimiento del coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar la inexactitud de la información facilitada.

El Órgano de Contratación ha de cumplir 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.

Sobre diversas cuestiones en relación con el tema que nos ocupa, se pronuncia la JJCA en su informe 61/19, del que, por su interés en el caso, hemos de destacar los siguientes pronunciamientos:

- El precepto que acabamos de reproducir (130 LCSP) tiene por título en la LCSP *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”* y su precedente inmediato es el Artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RDL 3/2011. En la evolución de uno a otro se observa una creciente preocupación del legislador español por incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que, para los licitadores de un nuevo contrato, representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior que deriva de una norma legal, de un convenio colectivo o de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Es evidente que la redacción de la nueva norma es mucho más detallada y más extensa en lo que hace a la protección de los licitadores. La mayor protección se plasma en dos medidas generales:

- La aportación de la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación.
- El establecimiento de un sistema de responsabilidad del contratista saliente y de una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social, laboral o medioambiental.

.- La información que se ha de ofrecer a los licitadores. Procedimiento para obtenerla.

Para analizar esta cuestión debemos comenzar describiendo el *iter* procedimental establecido en la ley y que se deduce del artículo 130 LCSP.

- Como sabemos, el primer trámite descrito en el artículo 130 LCSP consiste en que el órgano de contratación reclame del contratista anterior la información sobre las condiciones

de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

- El siguiente paso consiste en que el órgano de contratación consigne estas circunstancias en sus pliegos y los proporcione en forma legal a los licitadores.
- Una vez que se haya producido la puesta a disposición del pliego, cualquier licitador puede solicitar del órgano de contratación más información a los efectos de poder perfilar su oferta adecuadamente, calculando con mayor precisión los costes reales de la subrogación. La condición que la ley establece a este efecto es que tal información resulte necesaria (no basta con sea conveniente o que simplemente facilite la actuación del licitador) para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación. En respuesta a esta petición el órgano de contratación debe requerir al contratista saliente la citada información.
- En el último paso, la información debe ser puesta a disposición de los licitadores si es que ha sido debidamente proporcionada por el anterior contratista o, en caso contrario, deberá dejarse constancia de tal circunstancia.

Mediante este sistema que instituye la ley el licitador puede alcanzar un conocimiento suficiente para decidir libremente si va a presentar una proposición y en qué términos va a hacerlo, cumpliéndose la primera finalidad de la norma que estamos analizando e incrementando la seguridad jurídica para aquél.

.- Plasmación en los pliegos de la información necesaria a los efectos del artículo 130 LCSP.

Como hemos visto, el artículo 130 de la LCSP impone al contratista saliente la obligación de proporcionar al órgano de contratación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Tal información deberá suministrarse a los licitadores haciéndola constar en el pliego con un contenido mínimo que es el siguiente:

- El convenio colectivo de aplicación.
- Los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador.
- todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Pero, como ya señalamos en el expositivo anterior, en la medida en que la ley lo impone, para el adecuado cumplimiento de lo establecido en el artículo 130 de la LCSP resulta obligatorio incluir en los pliegos la referencia a todos aquellos documentos que, según hemos visto, resultan necesarios para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación, incluyendo obligatoriamente los que, como *numerus apertus* menciona el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP, y añadiendo aquellos que le sean solicitados o que estime pertinente reclamar al contratista por ser necesarios para evaluar los costes laborales del nuevo contrato. Lógicamente, en caso de negativa del contratista anterior a proporcionar los datos o en caso de que los mismos no cumplan con los requerimientos del órgano de contratación, tal circunstancia ha de hacerse constar en el pliego.

Es importante destacar en este punto que la obligación de concretar qué información es necesaria a estos efectos recae sobre el contratista saliente puesto que, por un lado, es el único que verdaderamente conoce la situación de sus trabajadores y de su empresa, así como las eventuales circunstancias que pudieran influir en la determinación del coste salarial para el caso de una eventual subrogación, y, por otro, es a dicho contratista al que la LCSP obliga a asumir las consecuencias en el caso de que, una vez producida la subrogación, los

costes laborales fueren superiores a los que se desprendieren de la información facilitada por el antiguo contratista. El órgano de contratación se puede limitar a requerir al contratista para que le remita la información necesaria, comprobando que se ha remitido con los datos legalmente establecidos que constituyen el mínimo de información exigible, o con los incluidos en el pliego.

La obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación, según se indica en el informe 8/19 de la Abogacía General del Estado, es una obligación de carácter puramente formal, pues únicamente le obliga a requerir al contratista anterior una información determinada, así como, una vez proporcionada tal información, a facilitarla a los licitadores, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de aquella información. En este sentido, el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores del nuevo contrato con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y de este modo poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales.

En consecuencia, es criterio de esta Junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP) ni tampoco asume una obligación de contrastación activa de la información suministrada.

En la medida en que la obligación del órgano de contratación es meramente formal, aquel no asume responsabilidad alguna frente al contratista entrante por las consecuencias de la falta de información o de su insuficiencia. Por esta razón si el órgano de contratación comprueba que la información suministrada por el contratista, incluso tras haber realizado un requerimiento de subsanación si se considera oportuno, no contiene ningún dato o adolece de los datos mínimos exigidos por la LCSP, cumplirá con publicar los datos suministrados, haciendo constar, como dijimos, que han sido los únicos facilitados por el contratista o que no se ha facilitado dato alguno.

Hecho lo anterior, el órgano de contratación no puede hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente, de modo que, como veremos posteriormente, no cabe adoptar medidas incentivadoras de la concurrencia que supongan una indebida asunción de responsabilidades por parte de la entidad contratante.”

De lo expuesto, se deriva, pues, la existencia de deberes, obligaciones y responsabilidades tanto para la Administración, a quien corresponde cumplir la obligación de informar en los términos expuestos, como para el contratista saliente, que ha de facilitar al órgano de Contratación información veraz y adecuada.

En efecto, el legislador se ha preocupado de regular medidas de depuración de responsabilidades, exigibles a los contratistas, obligados por esta medida a fin de evitar daños y perjuicios, estableciendo no sólo la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de esta obligación (artículo 130.4), sino también que: *“En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueren 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”* (artículo 130.5). Y conforme al artículo 130.6 LCSP: *“Asimismo, y 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 pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista 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 cuanto al incumplimiento de la obligación de información que al órgano de contratación corresponde, se viene resolviendo la estimación de los recursos formulados contra los Pliegos que omiten ésta, considerando que la falta de entrega de la información prevista legalmente supone una manifiesta vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, ya que el grado de detalle de los datos a facilitar debe ser lo suficiente para garantizar el trato igualitario de todos los que concurren a la licitación, impidiendo la existencia de situaciones de privilegio derivadas del conocimiento de información no disponible para todos los posibles interesados (en este sentido, Tribunal de recurso de Galicia, Resolución 133/2018, Acuerdo 21/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, Canarias 176/2020, 144/2020, o Central 680/2020), considerándose que dicho defecto vicia el pliego de nulidad de pleno derecho (artículos 1 y 132 LCSP en relación con los artículos 39.1º de la LCSP y 47.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Aplicando cuanto antecede al caso que nos ocupa, y sin poner en duda en absoluto, la buena fe en lo actuado, lo cierto es que de la documentación remitida de la que ha tenido conocimiento este Tribunal, resulta que:

- En el expediente de Contratación no obra documentación ni constancia expresa acreditativa del requerimiento de información efectuado a los contratistas salientes, ni de la información al respecto por aquéllos suministrada.

- En sede de recurso, se remite al Tribunal, junto con el informe, la documentación acreditativa de la solicitud de información, y dos cuadrantes, sin firmar, en los que consta la relación de personal de las actuales adjudicatarias, sin que en ninguno de los dos aparezca expresamente el Convenio Colectivo de aplicación. En lo que respecta a los Lotes 2 y 3, la relación incluye a cuatro trabajadores, sin precisar a qué Lote (Castillo de San Jorge o Antiquarium, se adscribe cada uno de ellos.

- Ante tal circunstancia, no se pide ampliación de información, sino que se opta por poner el Convenio que la empresa consignó en su oferta en la licitación anterior, cual es la 301/21, si bien, parece producirse un error, pues se toma la información en relación al Convenio Colectivo, que la misma empresa consignó en su oferta en el Expte. 702/19, al que siguió el 301/21.

- La unidad tramitadora estima, así, que se trata de un mero error de transcripción, un error material no invalidante.

No corresponde a este Tribunal sustituir al órgano de Contratación en sus funciones, ni a la unidad tramitadora del expediente, en lo que a ésta compete, como tampoco determinar el Convenio a aplicar, ni modificar el Pliego, debiendo nuestro

pronunciamiento limitarse al análisis de si, a la vista de la información publicada en los pliegos, el poder adjudicador, ha cumplido con las exigencias previstas en el artículo 130 de la LCSP.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, y teniendo en cuenta lo actuado, hemos de concluir que tales exigencias no se han cumplido debidamente, lo que obliga a estimar al menos parcialmente el recurso, pues el Órgano de Contratación con carácter previo a la aprobación de los pliegos rectores del contrato ha de recabar la información, invocar y concretar el convenio colectivo de ámbito sectorial que impone la obligación de subrogación informado por el actual adjudicatario, Convenio al que al que se encuentran sujetos los trabajadores a subrogar, y en el que se apoya la imposición a la futura adjudicataria de la subrogación de los trabajadores que actualmente prestan el servicio, debiendo hacerlo constar en el mismo Pliego en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP.

El cumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 130, obligación, como señalábamos de carácter formal, implica que el Órgano de Contratación de contratación debe responder de que la información facilitada por los licitadores sea toda la necesaria y en especial, la relacionada en el artículo 130.1º de la LCSP y en el propio pliego. En consecuencia, la forma de intentar suministrar la información no da satisfacción a las exigencias legales prescritas, por cuanto que la información facilitada adolecía de la referencia al Convenio aplicables a los trabajadores, amén de la falta de determinación de la adscripción de éstos a uno u otro Lote, ausencias que la Administración, en lugar de solicitar la debida información en cumplimiento de la obligación que le corresponde, suple por sí misma, de modo, que finalmente resulta errónea, como pone de manifiesto el propio contratista actual.

El artículo 130 de la LCSP, obliga a los Órganos de Contratación a facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, incluyendo el Convenio Colectivo, debiendo hacer constar igualmente que tal información es la proporcionada por el actual adjudicatario y que se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. La diligente actuación de la Administración en este sentido, es lo que permite tener por cumplida la obligación que la Ley le impone y exonerarla de las consecuencias de la eventual inexactitud de la información facilitada. Por el contrario, si no se da cumplimiento a esta regla, se está infringiendo las normas de preparación de los contratos, así como los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores.

El incumplimiento de esta obligación legal debe comportar, pues, la anulación de la licitación, por vulneración del artículo 130 de la LCSP y de los principios del artículo 1 y 132 de la LCSP - principio de transparencia, principio de igualdad y principio de integridad-, así como del principio de buena administración (recogido en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2016, T-652/14 y resoluciones 60/2017, 50/2017 y 9/2017, por todas), con la retroacción de todas las actuaciones al momento de elaboración de los Pliegos.

CUARTO.- A mayor abundamiento, y aun cuando las circunstancias descritas en el Fundamento anterior, determinan *per se* la anulación del Pliego impugnado, por lo que respecta a la segunda alegación, centrada en el apartado 7 del Anexo I sobre criterios de adjudicación, concretamente el criterio de estabilidad de la plantilla de la empresa, según el cual se otorgarán 20 puntos si la persona trabajadora dedicada a la ejecución del contrato del lote al que se licita, supere una antigüedad de año en la empresa, especificando que no se incluirá en este cómputo el personal que se haya subrogado en el contrato por aplicación de la normativa laboral, resulta que la interpretación que respecto al mismo defiende el órgano de contratación en su informe choca frontalmente con la efectuada por el recurrente y por los trabajadores que, igualmente, han impugnado los Pliegos.

Conforme al Anexo I, se define el criterio como sigue:

3	<p>Descripción del criterio: Se valorará con un máximo de 20 puntos la estabilidad de la plantilla de la empresa.</p> <p>Se otorgarán 20 puntos si la persona trabajadora dedicada a la ejecución del contrato del lote al que se licita, supere una antigüedad de año en la empresa.</p> <p>Documentación a aportar: Anexo III, debidamente cumplimentado.</p> <p>No se incluirá en este cómputo el personal que se haya subrogado en el contrato por aplicación de la normativa laboral.</p> <p>El cumplimiento de este criterio de adjudicación se mantendrá durante todo el período de ejecución del contrato, pudiéndose requerir por el ICAS la documentación acreditativa del mismo en cualquier momento. En caso de incumplimiento por parte de la entidad que resulte adjudicataria corresponderán las penalidades descritas en el apartado 11 del presente Anexo I.</p> <p>La acreditación del cumplimiento de este criterio de adjudicación se realizará mediante la presentación de la vida laboral de las personas que se vayan a adscribir a la ejecución del contrato, conforme lo establecido en el art. 150.2 LCSP. En el caso de no acreditarse el cumplimiento del criterio ofertado en el plazo establecido legalmente, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.</p> <p>Cuando no se aporte personal que cumpla el requisito de un año de antigüedad en la empresa se otorgará 0 puntos.</p>	20 puntos
----------	--	------------------

Considera el recurrente que “De la redacción y contenido de este apartado parece obviarse la obligación de subrogación del personal contenida en el artículo 37 del Convenio Colectivo de Ocio Socioeducativo –e incluso en el artículo 25 del Convenio Colectivo de Hostelería si se considerara éste el de aplicación- y en definitiva la aplicación del mismo, pues únicamente se refiere a que no computa a efectos de valoración de la oferta el personal subrogado por aplicación de normativa laboral, sin hacer mención a que dicha subrogación en este caso es obligatoria por imperativo convencional. Y del mismo modo, se incita e incentiva a las empresas que pudieren concurrir a la licitación a incumplir el convenio, no subrogando al

personal, asumiendo los costes de este incumplimiento a cambio de lograr puntuación suficiente con la incorporación de personal propio para lograr la adjudicación del servicio. Es por ello que entiende el sindicato compareciente que se trata de un criterio no conforme a Derecho y que procede su supresión.”

Respecto a tales afirmaciones, hemos de traer de nuevo a colación lo expuesto en el Fundamento Jurídico, en el sentido de que 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. En efecto, reiteramos que 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 concurren 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. No corresponde al órgano de contratación ni determinar el Convenio a aplicar, ni establecer o no la subrogación, 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 “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, como tampoco 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 LCSP.

Por su parte el órgano de Contratación manifiesta en su informe que “debe tenerse en cuenta que el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas, que regula la adscripción de medios, establece que con carácter mínimo y obligatorio, la entidad que resulte adjudicataria deberá adscribir a la ejecución del contrato a una persona, para el Lote 1 y 2, y dos personas para el Lote 3, para el desarrollo de las funciones propias del servicio, sin embargo también añade:

*“Será necesaria la presencia física permanente y continuada de al menos una persona durante el horario de apertura del Centro (Hora general), **sin perjuicio de las alteraciones que el ICAS pueda realizar**, previo aviso a la empresa adjudicataria e informe debidamente justificado del Técnico responsable de la ejecución del contrato, **de la debida asistencia al servicio de una personas más, en atención a las necesidades de programación y funcionamiento del espacio**. En ningún caso el requerimiento de asistencia de una persona más podría suponer el incumplimiento del límite máximo de presupuesto aprobado.”*

Por lo tanto, la aplicación del criterio de estabilidad de la plantilla será posible aplicarlo siempre que las empresas licitadoras se encuentren en condiciones de poder adscribir a la ejecución a otras personas trabajadoras que sí pertenezcan a la plantilla de su empresa con anterioridad, para aquellos supuestos en los que, a requerimiento del ICAS, sea indispensable dedicar a mas personal para atender las necesidades del servicio, que puedan derivarse de actividades culturales, espectáculos o la celebración de cualquier acto en los espacios adscritos al contrato, que requieran de una mayor asistencia de personal para poder cubrir el servicio de atención al público con una garantía de calidad.

(...)

... desde esta unidad administrativa se entiende que **el criterio de adjudicación número 3: “Estabilidad de la plantilla de la empresa”**, supone un criterio de adjudicación aplicable como una mejora de carácter social - laboral, en los términos del art. 145 LCSP.”

A la vista del tenor literal del criterio en pugna, y aun cuando no asiste la razón al recurrente en los términos expuestos, hemos de concluir, sin embargo, que de la redacción literal del mismo no se deduce con claridad, pese a que ésta fuere la intención del Órgano de contratación, que el personal que se valorará a esos efectos será el posible personal adicional, por encima del mínimo exigido, en el sentido al que el informe se refiere, ocasionando cuanto menos una falta de claridad o ambigüedad, cuyas consecuencias serían, igualmente, la anulación del criterio, la cual conlleva la anulación del procedimiento (doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG, –que se refiere a la hipótesis de que en caso de anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato– procede declarar la anulación de todo el procedimiento).

Consideramos, en consecuencia, que si el órgano de contratación pretendía que el parámetro a tener en cuenta para la valoración debía ser el personal adicional, por encima del mínimo subrogable, debió indicarlo claramente en el Pliego, de manera que no ofreciera lugar a dudas. Al no haberlo hecho así, una redacción confusa,, máxime tratándose de un criterio automático, no debe admitir interpretación alguna.

En definitiva y por los motivos expuestos, consideramos procede la anulación de la licitación y la retroacción de actuaciones al momento de la elaboración de los Pliegos, a fin de que en las actuaciones preparatorias se dé debido cumplimiento al art. 130 de la LCSP y se redacte el criterio impugnado de modo claro y preciso, a fin de garantizar la debida transparencia y respeto de la igualdad de trato de toda contratación pública.

A la vista de lo que antecede y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la contratación de los “Servicios de información y recepción de visitantes y de venta directa y anticipada de entradas de los centros, “Centro de Cerámica Triana” (Lote 1), “Castillo de San Jorge” (Lote 2) y “Antiquarium de Sevilla” (Lote 3)”, Expediente 701/21, tramitado por el Instituto de la Cultura y las Artes del Ayuntamiento de Sevilla, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la licitación.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la 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 DE
RECURSOS CONTRACTUALES