



Recurso nº 153/2022

Resolución nº 187/2022

**RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 19 de outubro de 2022

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por FEDERACIÓN “UGT-SERVICIOS PÚBLICOS” contra os pregos da contratación titulada “Servicio de Atención a la Infancia para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (también denominado “Servicio de Canguros Municipales”), en su modalidad de espacios de atención a la infancia y ludotecas”, expediente 237/2021/155 do Concello da Coruña, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello da Coruña convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 1.101.628,32 euros.

Segundo.- O 12.09.2022 FEDERACIÓN “UGT-SERVICIOS PÚBLICOS” interpuxo recurso especial en materia de contratación.

Terceiro.- Tras a correspondente solicitude, recibíuse o expediente e informe ao que se refire o artigo 56 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). Tamén se trasladou o recurso aos interesados, sen que se presentaran alegacións.

CVE: AVS78XGJEB
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022 y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H
https://sede.coruna.gal/





FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

Terceiro.- En canto á lexitimación do recorrente, na LCSP o artigo 48 establece ao respecto das organizacións sindicais:

“Estarán tamén lexitimadas para interpor este recurso contra os actos susceptibles de seren impugnados as organizacións sindicais cando das actuacións ou decisións impugnables se poida deducir fundadamente que estas implican que no proceso de execución do contrato o empresario incumpra as obrigacións sociais ou laborais respecto dos traballadores que participen na realización da prestación.”

Polo tanto, a LCSP vincula expresamente a existencia de lexitimación a que *“se poida deducir fundadamente”* que os concretos actos obxecto de impugnación impliquen un incumprimento das obrigacións sociais ou laborais na fase de execución contractual, cuestión que deberá resultar do texto do recurso.

A diferenza do alegado polo órgano de contratación, neste caso o sindicato impugna os pregos da licitación referíndose a que a súa aprobación suporía unha modificación substancial das condicións de traballo do persoal a subrogar, o que ao marxe de que algunhas das argumentacións utilizadas no escrito de recurso puidera atopar maiores óbices en canto a súa admisibilidade -neste sentido, a Resolución deste TACGal 100/2020 sobre as horas de prestación do servizo-, en termos xerais e apreciado o motivo de recurso no seu conxunto determina que proceda outorgarlle lexitimación a ese respecto, posto que se alega unha posible incidencia nos dereitos sociais ou laborais dos traballadores.

Cuarto.- O recurso foi interposto en prazo.





Quinto.- Ao impugnarse os pregos na contratación dun servizo de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

Sexto.- Impúgnanse os pregos da presente licitación porque o sindicato recorrente considera que a configuración do servizo expresada nos pregos supón unha modificación substancial das condicións de traballo do persoal a subrogar, en particular na rotación, horarios e retribucións, o que o considera contrario á Directiva 2001/23/CE do Consello, do 12 de marzo de 2001, sobre a aproximación das lexislacións dos Estados membros relativas ao mantemento dos dereitos dos traballadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividade ou de partes de empresas ou de centros de actividade e ao Real Decreto Legislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, no referente ao seu artigo 44 (sucesión de empresa).

O Concello convocante da licitación nega tal manifestación e solicita a desestimación do recurso.

Debemos comezar lembrando que, tal e como ten dito este Tribunal en numerosas ocasións, a configuración do contrato é unha atribución do órgano de contratación en función das concretas necesidades que se tratan de cubrir a través do servizo, e que esixe unha labor previa de análise e xustificación que debe quedar reflectida en boa parte no expediente de contratación (memorias, informes,...), sen que exista unha vinculación co precedente, isto é, a configuración do contrato en anos anteriores, pois isto suporía vencellar un contrato a unhas circunstancias sociais, de tempo e lugar que poden non coincidir coas presentes, froito dunha sociedade e necesidades cambiantes que, en definitiva, a súa procura é ao que debe tender toda actuación administrativa.

Neste sentido, e sobre a liberdade de configuración do contrato, a Resolución TACRC 466/2019:

“La adaptación del contenido del nuevo contrato a las necesidades reales de la Administración no es una actuación en fraude de ley, sino una exigencia derivada del principio de buena administración, y de los principios de control del gasto y eficiente utilización de los recursos públicos destinados a la contratación (artículo 1.1 de la LCSP),...”

CVE: AVS78YXGJEB
FERRERO FERREIRO a las 10:08 del día 19/10/2022. JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022. ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





Sobre a non vinculación do precedente, a Resolución 84/2020 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía:

“Al respecto, este Tribunal viene sosteniendo el carácter autónomo e independente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales (v.g. Resoluciones 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio y 257/2019, de 9 de agosto, entre las más recientes).”

Doutro lado, débese lembrar tamén que o recurso especial en materia de contratación, como o seu propio nome indica, circunscríbese con carácter xeral ao exame do incumprimento das normas sobre contratación pública (por todas, Resolución TACGal 116/2019).

Polo tanto, se ben resulta indiscutible que os novos postulados da normativa sobre contratación pública fan fincapé na procura de que a normativa laboral sexa respectada (artigo 18.2 da Directiva 2014/24/UE ou artigo 201 da LCSP entre outros) isto non pode ser interpretado de xeito tal que todas as cuestións de estrita índole laboral poidan ser traídas a esta sede, porque tal e como se exporá de seguido, existe unha rama do ordenamento xurídico específica para elo, cunha xurisdición tamén especializada para dirimir as posibles discrepancias neste sentido.

O feito de que o respecto da lexislación laboral deba estar presente en toda a vida do contrato e que iso determina unha serie de obrigas para o órgano de contratación -así o indicou por exemplo este TACGal na súa Resolución 107/2022 respecto ao persoal a subrogar-, non pode ser traducido en mutar ao órgano de contratación, e por ende a este Tribunal, nunha especie de autoridade laboral. E dicimos isto, porque no presente asunto o que se nos traslada é dilucidar unha hipotética vulneración do dereito laboral que correspondería en todo caso determinar á xurisdición social, competencia que este TACGal non se pode arrogar, nin cabe que o pretenda así o recorrente a través da interposición dun recurso no que non se nos cita como vulnerado ningún precepto da normativa contractual.

En todo caso, o recurso debe ser desestimado polos motivos que se indicarán de seguido:

CVE: AVS78YXGJEB
Firma electrónica de los documentos firmados en la dirección web https://sede.coruna.gal/
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022. ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





1.- A configuración do contrato corresponde ao órgano de contratación consonte o indicado anteriormente.

Como dixemos, fica fóra de ámbito competencial do TACGal determinar se os pregos constitúen unha modificación substancial das condicións de traballo, aspecto este que sitúase de pleno no ámbito da normativa laboral, como así o sinala o escrito de recurso o que excede, con moito, das facultades que, por lei, este Tribunal ten recoñecidas.

A Resolución 170/2019 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias afonda neste aspecto:

“Motivo que procede desestimar y sobre el que este Tribunal no puede ir mas allá, en tanto no es competente para resolver cuestiones que no versan propiamente sobre materia regulada en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público y demás normativa de desarrollo, en tanto que la función de revisión de este Tribunal se circunscribe a motivos relacionados con el ámbito de la contratación administrativa. No debemos olvidar que el ámbito del recurso especial se acota no solo por los actos recurribles y la legitimación, sino también por el sector del ordenamiento jurídico que se infringe eventualmente por dichos actos y acuerdos recurribles, que no es otro que la normativa contractual del sector público o vinculada a esta de forma directa, de acuerdo con el alcance que le confiere la LCSP

Debe recordarse que la competencia del Tribunal se limita al estricto ámbito de la contratación pública, por lo este Tribunal ha de circunscribir su examen a la determinación de si existe o no en el presente caso algún incumplimiento de la normativa sobre contratación pública. De esta manera, no corresponde a este Tribunal la función de dirimir sobre cuestiones tales como la planteada por la asociación recurrente

Esto es, el Tribunal no tiene el mandato legal de contrastar la legalidad del acto o acuerdo impugnado con todo el ordenamiento jurídico. El recurso especial no puede configurarse como mecanismo universal de impugnación de cuantos defectos o irregularidades hayan podido cometerse con ocasión de la contratación pública. Este Tribunal es un órgano especializado en materia de contratación administrativa que, consecuentemente, no puede entrar a resolver sobre cuestiones que, planteadas con ocasión de un recurso administrativo, nadan tienen que ver con la adecuación del procedimiento de contratación a las disposiciones de la LCSP o de su normativa complementaria”. En el presente caso, las razones invocadas para la impugnación corresponden estrictamente al ámbito laboral y por tanto el examen de su legalidad

CVE: AVS78XGIEB
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022. JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H
ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H
de los documentos firmados en la dirección web <https://sede.coruna.gal/>





está vedado al Tribunal por corresponder a otros órganos e instancias, cuyas competencias resultarían infringidas, debiendo inadmitirse el recurso por este motivo.”

Antes tamén o dixera o Acordo 59/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

“A la vista de esta pretensión, es preciso recordar, que el recurso especial en materia de contratación, que regula el TRLCSP, tiene como finalidad –ex artículo 1 LCSP– garantizar que la contratación del sector público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es decir, que con el recurso especial, como ya señaló este Tribunal en su Acuerdo 96/2016, de 27 de septiembre, «se trata de garantizar la tutela de los derechos que las Directivas europeas reconocen a los licitadores, y que quedan plasmados en las normas nacionales que las trasponen.

Estos son los parámetros en los que deben producirse las resoluciones de este Tribunal, sin que le corresponda pronunciarse sobre aquellos aspectos que excedan de este ámbito».

La cuestión principal planteada es exclusivamente una controversia de carácter laboral, que excede del ámbito que acaba de definirse, y que no puede resolverse con la aplicación de la normativa en materia de contratación pública, por lo que procede declarar la inadmisión de esta pretensión del recurso, por no ser de competencia de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21.1.a) de la LMMCSA y 22.2 y 23 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre”

2.- A subrogación dos traballadores e as consecuencias que leva parellas veñen determinadas pola lexislación laboral, sen que o poder adxudicador teña potestade para modificar as mesmas.

CVE: AVS78YXGJEB
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022 y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





Neste sentido cómpre lembrar que o artigo 130 LCSP establece:

“1. Cando unha norma legal un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral impoña ao adxudicatario a obrigaón de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais, os servizos dependentes do órgano de contratación deberanlles facilitar aos licitadores, no propio prego, a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores a que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir unha exacta avaliación dos custos laborais que implicará tal medida, e deberase facer constar igualmente que tal información se facilita en cumprimento do previsto no presente artigo.”

Este Tribunal xa ten sinalado en numerosas ocasións, de conformidade co tamén indicado polo resto de Tribunais administrativos de recursos contractuais e pola xurisprudencia, que este deber do artigo 130 é de carácter formal, como mero subministrador da información a estes efectos trasladada pola empresa adxudicataria.

É indubidable que o deber de subrogación dun traballador nace, no seu caso, da aplicación do establecido na normativa laboral e no convenio colectivo de aplicación, sen que os datos ao respecto existentes nos documentos da licitación teñan maior carácter que o meramente informativo que lle outorga a propia LCSP.

En conclusión, o deber do órgano de contratación límtase a trasladar aos licitadores a información sobre os contratos dos traballadores que sexa “necesaria” para a correcta estimación dos custos salariais, sen que o establecido nos pregos teña a consecuencia substantiva de modificar o que é, no seu caso, un dereito do traballador e un correspondente deber para a empresa adxudicataria e, polo tanto, sen que nin sequera unha posible inexactitude nesos datos facilitados afecte á propia figura da subrogación. A estes efectos, o propio artigo 130.5 da LCSP prevé que:

“5. No caso de que, unha vez producida a subrogación, os custos laborais fosen superiores a aqueles que se desprenden da información facilitada polo antigo contratista ao órgano de contratación, o contratista terá acción directa contra o antigo contratista”.

Por outra banda, este Tribunal xa sinalou en diversas ocasións que o órgano de contratación é o responsable da configuración da licitación, para a cal debe realizar as análises técnicas que estime necesarias, sen que proceda un mero automatismo na translación dos datos que a eses efectos aporte a actual adxudicataria do servizo, pois suporía deixar na súas mans a determinación das características do novo contrato. E

CVE: AVS78XGJGJ8
Firma electrónica de los documentos firmados en la dirección web https://sede.coruna.gal/
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022 y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





nese sentido, non pode pretender o recorrente simplemente que as características técnicas da licitación se axusten exactamente á forma de prestación actual do servizo ou que esta se converta indefinidamente en inamovible pola mera actuación do que sexa adxudicatario nun determinado momento.

Como sinalamos, por exemplo, na nosa anterior Resolución 116/2019:

“Nese sentido, a pretensión dos recorrentes de que o órgano de contratación deba estar en todo caso vinculado polas condicións da anterior licitación, non só suporía substraer da competencia do propio órgano de contratación a axeitada configuración da licitación en base ás súas necesidades e a “unha eficiente utilización dos fondos públicos” (art. 1 LCSP), senón que, como sinala o TACRC na Resolución 88/2015 antes citada:

“Entender lo contrario abocaría al resultado de convertir a las entidades sujetas a la normativa de contratación pública en financiadoras de medios que no precisan para el ejercicio de sus funciones, escenario absurdo que, como fácilmente se comprenderá, es contrario a los más elementales principios de racionalidad en la gestión del gasto público”.

En relación co número de horas de prestación do servizo, o órgano de contratación nega os cálculos efectuados polo recorrente e sinala, que, en termos xerais, incrementouse o número de horas de prestación do servizo. A este respecto cómpre salientar que no recurso non se achegan os cálculos acreditativos de tal manifestación o que impide xa de plano a este Tribunal -na aplicación das normas xerais sobre carga probatoria- poder comprobar esa disparidade horaria con respecto ao contrato anterior.

Doutro lado, cómpre remitirnos novamente ao xa dito con anterioridade respecto á libre configuración do servizo polo órgano de contratación, sen que a capacidade veña en si mesma constreñida estritamente ás condicións derivadas do persoal con dereito a subrogación.

Nese sentido, e en relación coa suposta modificación horaria, a Resolución 119/2019 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi:

“Consecuentemente, como ya manifestó este OARC/KEAO en su Resolución 5/2019, entra dentro de la discrecionalidad que le ampara al Ayuntamiento en el diseño de la prestación establecer el número de horas de trabajo necesarias para cumplir con la

CVE: AVS78XGIE8
Firma electrónica de los documentos firmados en la dirección web https://sede.coruna.gal/
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022 y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





finalidad del contrato, sin que exista un derecho subjetivo que permita al recurrente exigir al poder adjudicador una estructura de la obligación que permita que la totalidad de la plantilla subrogada pueda seguir en las mismas tareas que venía desempeñando anteriormente y bajo las mismas condiciones.”

En íntima conexión co sinalado -liberdade de configuración do contrato polo órgano de contratación- cabe situar a rotación prevista nos pregos, sobre a que o informe que acompaña a este recurso -con reprodución parcial doutro evacuado polo Servizo de Igualdade e Diversidade do 30.09.2022 non achegado na súa integridade, actuar que debe ser censurado- explica:

“Otra de las cuestiones que plantean en el recurso es la rotación de personal. En el pliego recurrido, se establece la necesidad de hacer una rotación de personal por los espacios, al menos, una vez al año, dando por supuesto que se van a hacer de una forma indiscriminada, perjudicando a las trabajadoras del servicio. Sin embargo, estas rotaciones deberán respetar los derechos de las trabajadoras y se realizarán respecto a aquellos espacios en los sea coincidente el número de horas de prestación con su jornada laboral actual o futura y teniendo en cuenta, que tal y como se expone en el primer apartado, puede haber un aumento de horas o contratación de nuevo personal. Y como es lógico, estas rotaciones se harán dentro del término municipal que es donde se presta el servicio.

Una puntualización respecto a esta cuestión. En el cuadro de distribución de horas y horarios de los espacios y ludotecas, ya se puede apreciar que hay coincidencias de horarios y aperturas entre varios de los espacios, sin que estén singularizados entre sí, sino que se han intentado homogeneizar horarios y aperturas, atendiendo a las necesidades y peculiaridades de cada espacio”.

E sobre os motivos desa rotación engade o referido informe do Servizo de Igualdade e Diversidade en relación coas necesidades reais das familias e a diferente titulación esixida ao persoal para prestar o servizo:

“...estas rotaciones deberán respetar los derechos de las trabajadoras y se realizarán respecto a aquellos espacios en los sea coincidente el número de horas de prestación con su jornada laboral actual o futura y teniendo en cuenta, que tal y como se expone en el primer apartado, puede haber un aumento de horas o contratación de nuevo personal. Y como es lógico, estas rotaciones se harán dentro del término municipal que es donde se presta el servicio.

CVE: AVS78XGJEB
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022 y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





Una puntualización respecto a esta cuestión. En el cuadro de distribución de horas y horarios de los espacios y ludotecas, ya se puede apreciar que hay coincidencias de horarios y aperturas entre varios de los espacios, sin que estén singularizados entre sí, sino que se han intentado homogeneizar horarios y aperturas, atendiendo a las necesidades y peculiaridades de cada espacio. (...)

...hay que tener en cuenta que el pliego técnico sólo exige que la mitad del personal cuente con formación en materia de diversidad, siendo esta una materia y objetivo trascendental que debe ser abordada con los y las menores en espacios de educación no reglada pero de forma profesional, por lo que se configura como un motivo más para promover la rotación del personal teniendo en cuenta la formación y experiencia en esta materia y la tipología de menores que asistan a los diferentes espacios o ludotecas.”

O recorrente non mostra ao respecto argumentos que permitan apreciar unha vulneración da normativa contractual, nin achega elementos que xustifiquen que os pregos aquí discutidos son inválidos, sen que como xa explicamos con anterioridade se poida traer a esta sede conflitos a dirimir nas estritas institucións e procedementos recollidos na orde laboral.

Todo o cal determina, en definitiva, a desestimación do recurso presentado.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por FEDERACIÓN “UGT-SERVICIOS PÚBLICOS” contra os pregos da contratación titulada “Servicio de Atención a la Infancia para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (también denominado “Servicio de Canguros Municipales”), en su modalidad de espacios de atención a la infancia y ludotecas”, expediente 237/2021/155 do Concello da Coruña.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva nos seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do

CVE: AVS78YQGIE8
JESUS MARIA GARCIA BLANCO a las 10:13 del día 19/10/2022 y por ANA MARIA DE FRUTOS MARTINEZ a las 10:14 del día 19/10/2022. Mediante el código de verificación: 2E3K0B6O3H1H5C4F0M1H





contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

O PRESIDENTE, Tomás Otero Ferreiro. A VOGAL-SECRETARIA, Ana María de Frutos Martínez. O VOGAL, Jesús María García Blanco.

