



**Recurso nº 84/2022**

**Resolución nº 107/2022**

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

En Santiago de Compostela, a 9 de xuño de 2022

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por don JOSÉ ALFONSO MARNOTES GONZÁLEZ, na súa condición de concelleiro, contra os pregos da licitación do mantemento integral dos equipos e instalacións e conservación das instalacións electromecánicas, de iluminación pública viaria e doutras instalacións eléctricas e auxiliares do Concello de Vigo, así como os subministros e actuacións complementarias de reparación e reforma descritas no PPTP, expediente 52198-444 dese Concello, 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 de Vigo convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 12.3266.018,97 euros.

**Segundo.-** O 20.05.2022 don JOSÉ ALFONSO MARNOTES GONZÁLEZ, na súa condición de concelleiro, 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) no que se nos traslada a inexistencia de licitadores nese intre.





**Cuarto.-** O día 30.05.2022 acordouse a medida cautelar de suspensión, sen afectación ao prazo concedido para a presentación de ofertas ou proposicións por parte dos interesados.

## 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, concelleiro electo do Concello, debe serlle recoñecida de inicio consonte á doutrina deste TACGal na interpretación dos artigos 48 da LCSP, 63.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, Reguladora das bases de Réxime Local e 209 do Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das entidades locais, aprobado polo Real Decreto 2568/1986, de 28 de novembro.

Como acabamos de salientar, resulta doutrina consolidada deste Tribunal o recoñecemento aos concelleiros da lexitimación para interpoñer este recurso en canto que a lexislación outórgalla fronte aos acordos adoptados polo concello respectivo, en tanto se acredite que o membro da corporación votara en contra da adopción do acordo impugnado, de conformidade co establecido no art. 63.1 b) da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das bases do réxime local:

*“Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:*

*b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.*





Precisamente, o artigo 24.4 do Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro xa recolle que *"4. Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidade con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados"*

Tal e como sinala o Tribunal Constitucional na súa Sentenza 173/2004, de 18 de outubro, esa lexitimación debe estenderse aos concelleiros que impugnan acordos adoptados por órganos municipais dos que non forman parte, na súa defensa do interese da propia Administración local á que representan:

*"existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.*

*Esta otra fuente o modalidade de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL.*

*«que el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser*





*que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación.”*

En consecuencia, procede outorgarle lexitimación ao recorrente, en canto que o acordo formalmente impugnado foi adoptado pola Xunta de Goberno Local do Concello, da que este concelleiro non forma parte.

**Cuarto.-** O recurso foi interposto en prazo.

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

**Sexto.-** O recorrente impugna os pregos da licitación no referente á información subministrada sobre o persoal a subrogar, así como o cálculo do orzamento e valor estimado da licitación, conforme a diversos argumentos que iremos analizando ao longo desta Resolución.

Sinala resumidamente o recurso as seguintes cuestións: que no persoal suxeito a subrogación e no orzamento contractual se recolle un traballador cun soldo total moi superior ao previsto no convenio para a súa categoría, traballador que foi condenado penalmente en sentenza firme como administrador dunha empresa; que a súa inclusión como persoal a subrogar se produce en fraude de lei, nunha actuación que o recorrente considera contraria á libre competencia e que como consecuencia o orzamento da licitación está incorrectamente calculado, ao incluír o custo dese traballador.

O informe do órgano de contratación sinala que a subrogación é unha cuestión laboral independente da vontade da Administración, que só ten un deber informativo de conformidade co establecido no artigo 130 LCSP; que en todo caso o feito de incluír a este concreto traballador sería en aras dunha “maior transparencia”; que de existir unha actuación contraria á competencia a responsable sería a empresa adxudicataria pero non o órgano de contratación e finalmente se nos traslada que esta cuestión e sobre este mesmo traballador xa foi obxecto da Resolución 89/2016 do TACRC con motivo da anterior licitación do contrato.

Se nos remite tamén un denominado informe da UTE actual prestadora do servizo con diversas consideracións sobre o recurso presentado que non se terán en conta nesta Resolución, en canto non pertencen ao expediente da licitación e ao non





ser esa entidade parte na tramitación deste recurso especial, excedendo ese escrito do que sería unha mera achega documental.

Cómpre realizar unha serie de reflexións iniciais ao respecto dos debates que se nos presentan polo recorrente. Por unha banda, este TACGal xa ten manifestado en anteriores ocasións que non cabe buscar residenciar neste Tribunal de contratación o que son denuncias que afectan en realidade ao eido da defensa da competencia, para o cal existen os órganos de control correspondente (así o explicamos, por exemplo, na Resolución 140/2020). Ao que engadir que a lexitimación de calquera persoa física ou xurídica de dirixirse a estas autoridades da competencia é ampla.

Tampouco cabería, en igual sentido, pronunciamentos deste TACGal en relación con controversias a resolver no ámbito da xurisdición social.

Por outro lado, e centrados en concreto sobre o dereito de subrogación que se nos expón no recurso, temos que sinalar que en anteriores Resolucións deste TACGal, como a 100/2020 ou a 80/2021, xa fixemos referencia a que a obriga do órgano de contratación ao respecto é principalmente de carácter informativo.

A estes efectos, o artigo 130 LCSP establece o seguinte:

*1. Cando unha norma legal un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral impoña ao adxudicatario a obriga 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.*

*Para estes efectos, a empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato que se vai adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionar a referida información ao órgano de contratación, por requirimento deste. Como parte desta información, en todo caso se deberán achegar as listaxes do persoal obxecto de subrogación, con indicación: do convenio colectivo de aplicación e detalles de categoría, tipo de contrato, xornada, data de antigüidade, vencemento do contrato, salario bruto anual de cada traballador, así como todos os pactos en vigor aplicables aos traballadores a que afecte a subrogación. A*





*Administración comunicarle ao novo empresario a información que lle facilítase o anterior contratista.*

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.

Neste punto é relevante indicar o que expresa a Sentenza do Tribunal Supremo 983/2017 de data 12.12.2017, ditada nun recurso de casación para unificación de doutrina:

*“A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017(...). Redacción que pone de manifiesto que la constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio”.*

Polo tanto, o deber do órgano de contratación límitase 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 adjudicataria e, polo tanto, sen que nin sequera unha posible inexactitude nesos datos facilitados afecte á propia figura da subrogación.

Podemos engadir a Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do contencioso-administrativa, de 18.06.2020, cando recalca:

*“Antes de entrar en el análisis concreto de cada uno de los motivos de casación, conviene destacar que este Tribunal Supremo ha reiterado que “la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral”. También tiene declarado este Tribunal que la*





*cláusula de subrogación empresarial 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 que esté destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del status del 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". La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.*

*Mantiene así esta Sala en Sentencia de 8 de junio de 2016 Recurso 1602/2015 ), la doctrina que ya se acogió en la anterior de 16 de marzo de 2015 (Recurso 1009/2014) que también declaró que "la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva".*

*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."*

Agora ben, dito isto é tamén incuestionable que o órgano de contratación ten un deber de vixilancia e control sobre a execución do contrato. A este respecto, por exemplo, o artigo 62 LCSP regula a figura do responsable do contrato, *"a quen corresponderá supervisar a súa execución e adoptar as decisións e ditar as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada"*, ademais da propia unidade encargada do seguimento e da execución ordinaria do contrato que figure nos pregos, citada no mesmo artigo.

E neste deber de control se integra con carácter xeral o persoal que realiza a prestación, non só pola necesidade de asegurar a correcta execución contractual, senón precisamente co obxectivo de coñecer as necesidades e esixencias que derivan do propio contrato, coñecemento que permitirá unha correcta avaliación para calcular, por exemplo, o orzamento e valor estimado da futura licitación. Diversas reflexións sobre algunhas das posibles medidas a adoptar nas distintas fases da contratación as atopamos no expediente 61/2019 da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado.

Nun caso coma o presente no que existe dereito á subrogación conforme ao convenio colectivo aplicable, ese necesario coñecemento pode permitir unha inicial análise respecto á información subministrada pola empresa contratista, para evitar así na medida do posible –e reiteramos con base no coñecemento pola Administración da execución do contrato- actuacións fraudulentas respecto ao persoal a subrogar, pois esas actuacións poden ter lóxicamente incidencia tanto no ámbito da competencia entre licitadores, como acertadamente sinala o recorrente, como na propia configuración económica do contrato.

Por iso precisamente, e aínda que salientamos unha vez máis o deber da Administración a ese respecto ten un carácter esencialmente informativo, pois non se pode pretender que lle corresponda dilucidar no ámbito dos pregos dunha licitación controversias que corresponden á esfera laboral, tamén é certo que o órgano de contratación debe evitar esas posibles estratagemas fraudulentas a través dunha inicial comprobación que permita determinar, cando menos de forma indiciaria ou aparente, que a información subministrada se corresponde coa realidade.







Neste sentido, a Resolución 152/2021 do OARC:

*“Por todo ello, debe entenderse que, para que el órgano de contratación satisfaga las obligaciones que le impone el artículo 130 de la LCSP, basta, en principio, con que solicite al empresario que venga ejecutando la prestación objeto del contrato la información correspondiente y la consigne debidamente en los pliegos. En particular, no parece que, una vez cumplidas dichas obligaciones, el poder adjudicador haya de responder de las inexactitudes u omisiones de una documentación que no ha elaborado y cuya veracidad difícilmente puede contrastar, salvo que dichas deficiencias sean groseras u obvias y detectables en una mínima revisión que, en virtud del principio de transparencia (pues, en definitiva, se trata de información que va a constar en los documentos contractuales), deba realizarse de ella”.*

Entender o contrario, ou pretender que esa función informativa permite unha absoluta omisión do deber de control da contratación, suporía deixar nas mans do actual contratista unha facultade de influencia na fixación das condicións da licitación contraria aos principios de igualdade e libre concorrència.

Explicado o anterior, e centrados xa no debate traído aquí polo recorrente, podemos xa sinalar que procede a desestimación do recurso presentado.

Así, no escrito de impugnación se nos relatan unha serie de feitos en relación coa condena penal de determinada persoa que no seu momento era *“Administrador y apoderado”* dunha empresa, a cal resulta integrante da UTE actual adxudicataria do servizo. E se critica entón, como xa indicamos, que esa persoa figure como encargado na listaxe de persoal con dereito a subrogación, cun salario que se considera *“desproporcionado”*.

Agora ben, fóra dese relato de feitos que non se cuestiona polo órgano de contratación, o certo e relevante aos efectos desta Resolución é que non se nos mostra que esa persoa non estea desenvolvendo as súas funcións no ámbito deste contrato, de tal modo que non teña dereito a ser subrogado, tal e como se establece no convenio que resulta aplicable segundo os pregos da licitación.

Un elemento nese sentido especialmente salientable é que segundo consta no informe do servizo promotor remitido polo órgano de contratación esta persoa xa foi





subrogada no mesmo posto de encargado con motivo da anterior licitación deste contrato, iniciada no ano 2015:

*“Na información sobre as condicións dos contratos dos traballadores adscritos ao contrato anterior ao actualmente en vigor de mantemento do alumado público de Vigo, facilitada pola empresa prestadora do servizo, de data 13 de outubro de 2015 e posta de manifesto polo órgano de contratación aos eventuais licitadores, figuraban tres encargados, un deles cun custe total para a empresa de 97.206,48 euros. Este encargado resultou ser don ..., segundo resulta do listado do persoal subrogado presentado pola adxudicataria LUZe VIGO, con posterioridade a adxudicación do contrato, que figura no seu expediente.”*

Isto xa dificulta apreciar, no ámbito da competencia deste TACGal, que exista infracción ao respecto do deber que lle corresponde ao órgano de contratación na configuración desta licitación, tal e como se pretende polo recorrente, pois se esa persoa xa figuraba nesa previa listaxe do ano 2015 coa mesma categoría que na actualidade, non se nos trasladan no recurso elementos que permitan entender que non está a realizar esas tarefas neste contrato que está a finalizar.

Resulta ademais que por providencia da Sección 5 da Audiencia Provincial de Pontevedra se indicou ao respecto desta licitación que *“la inhabilitación absoluta que se le ha impuesto, no viene a afectar a la contratación a que se refiere el Ente municipal, ni su condición de encargado de la UTE señalada viene a suponer la intervención del penado en empresas públicas, o con participación pública o entes autónomos similares”*, o cal loxicamente impide trasladar esa condena ao debate aquí exposto.

En consecuencia, non atopamos infracción do artigo 130 LCSP, nin tampouco respecto ao recollido nos artigos 100 e seguintes en canto aos parámetros económicos da licitación, respecto aos cales o recorrente non refire máis aspectos controvertidos que os xa analizados nesta Resolución.

Todo o cal determina 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 don JOSÉ ALFONSO MARNOTES GONZÁLEZ, na súa condición de concelleiro, contra os pregos da licitación do mantemento integral dos equipos e instalacións e conservación das instalacións electromecánicas, de iluminación pública viaria e doutras instalacións eléctricas e auxiliares do Concello de Vigo, así como os subministros e actuacións complementarias de reparación e reforma descritas no PPTP, expediente 52198-444 dese Concello.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. 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 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.

