



EB 2015/048

Resolución 062/2015, de 8 de junio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por el grupo municipal BILDU del Ayuntamiento de Bilbao contra los pliegos del contrato de “servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, arbolado viario, jardineras, estructuras florales y jardines del municipio de Bilbao.”

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de abril de 2015 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Bilbao el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el grupo municipal BILDU del Ayuntamiento de Bilbao contra los pliegos del contrato de “servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, arbolado viario, jardineras, estructuras florales y jardines del municipio de Bilbao.”

SEGUNDO: El recurso, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el 29 de abril de 2015 en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO).

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.5 del TRLCSP, concedido el plazo de tres días hábiles para la subsanación de la documentación en lo concerniente a la acreditación de poder suficiente por parte de todos los miembros del grupo Municipal a favor de la compareciente



para la interposición del recurso, se aportó con fecha 15 de mayo de 2015 la escritura de apoderamiento en la que se acredita tal circunstancia.

CUARTO: No consta en el expediente la existencia de interesados.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Si bien el escrito presentado no realiza un análisis jurídico-administrativo preciso ni contiene una pretensión concluyente, no cabe duda que cuestiona de forma abierta el anexo nº 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) del contrato de referencia y que pretende su revisión por lo que este OARC / KEAO entiende que aunque el escrito se denomine de “alegaciones” contiene los elementos de un recurso.

SEGUNDO: Este órgano resolutorio es competente para conocer del recurso planteado por referirse a un contrato sujeto a regulación armonizada (servicio calificado en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP y valor estimado de superior al señalado en el art. 16.b del TRLCSP), ser objeto del recurso los pliegos del contrato (art. 40.2.b TRLCSP) y haberse interpuesto dentro del plazo señalado al efecto en el art. 44.2.a) del TRLCSP.

TERCERO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Bilbao tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

CUARTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) En el listado de personal se aprecian categorías profesionales inexistentes en el Convenio Colectivo de aplicación (Convenio colectivo firmado por Bilboko Lorategiak-FCC, ELA Zerbitzuak y los trabajadores). En concreto, la de 1-“Jefe de Servicio” y 107-“Encargado General”. Este listado de personal lo realiza la UTE Bilboko Lorategiak y es asumido por el Ayuntamiento de Bilbao al incluirlo en el Pliego. Coincide que la persona a la que el listado de personal se refiere



como “Jefe de Servicio” ha sido metido en la contrata por la empresa FCC en el año 2014 y la que se refiere a “Encargado general” lo ha sido por la empresa Elay Zerbitzuak, contratistas ambas de este servicio desde 2010. Las citadas personas eran hasta 2014 apoderadas de las mencionadas empresas contratistas, por lo que todo apunta a un intento de subrogar a directivos de las citadas empresas a cargo de fondos públicos. Se trata de una inflación del staff directivo mientras se ha reducido en 5 el número de operarios, lo cual lleva al recurrente a cuestionar que la plantilla vaya a ser capaz de desarrollar de forma adecuada el servicio a contratar. Por otro lado, no es posible aplicar unas tablas salariales según convenio al no existir dichas categorías.

b) En el listado no aparecen las iniciales de los trabajadores/as a subrogar, ni tampoco sus respectivas fechas de nacimiento, lo cual es importante a los efectos de futuras jubilaciones totales o parciales.

c) Se añade una cantidad económica fuera de Convenio de 46.928,20 € en pluses complementarios, plus de disponibilidad e incentivos fijos que afectan a 7 personas, pero no desglosa la cuantía referida a cada una de ellas.

d) Señala tres operarios Oficial de 2ª en situación de incapacidad permanente total. A la fecha de elaboración de este listado (16/3/2015), hay dos oficiales de 2ª cuya revisión es anterior a esta fecha (2/3/2015 y 20/9/2014), sin que figure aclaración sobre el resultado de dichas revisiones.

e) Estas irregularidades son contrarias al principio de legalidad y existe un menoscabo muy importante en la igualdad para el acceso a una información que debe ser pública, entendiéndose que la transparencia queda gravemente dañada.

QUINTO: El poder adjudicador se opone con los siguientes argumentos:

a) El escrito no es calificado de recurso especial. No obstante, dado que la intención de quien presenta el escrito es clara, la impugnación de los pliegos



que rigen el contrato para su modificación o sustitución, y teniendo en cuenta el criterio anti formalista en lo referente a la calificación del recurso positivizado en el art. 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se estima que procede la tramitación del mismo como recurso especial.

b) En lo que respecta a la legitimación de la recurrente, se estima que procede el criterio reiteradamente mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) manifestado en la Resolución nº 57/2013, en relación con la legitimación de los concejales y los grupos municipales para el acto de impugnación de los pliegos. En el presente caso, si bien podría entenderse que el recurso lo presenta a título colectivo el grupo municipal, también adoptando un criterio anti formalista se podría entender que lo realiza a título individual. En todo caso, se trata de miembros que no forman parte y por tanto no participan en las decisiones/acuerdos tomados por el órgano de contratación competente, en este caso la Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao.

c) En cuanto al fondo del asunto, señala que del art. 54 del Pliego de Prescripciones Técnicas del PPT, se deduce que el pliego determina los perfiles funcionales que con carácter necesario el adjudicatario deberá adscribir para la ejecución del contrato con independencia de si se trata de categorías profesionales existentes en el Convenio de aplicación dado que, afirmar lo contrario, será tanto como afirmar que las funciones que las administraciones públicas estiman necesarios para la ejecución de los contratos depende exclusivamente de las categorizaciones que se dispongan en los convenios. Asimismo, se deduce que el pliego no dispone de cláusula de subrogación empresarial en relaciones laborales en la que obligue a la subrogación de “directivos” sino que establece la exigencia de que el adjudicatario cumpla con la legislación laboral (convenios colectivos y demás normativa) que resulte de aplicación.



d) Con la finalidad de proporcionar información sobre las condiciones de trabajo del personal que por cuenta de la adjudicataria viene prestando el servicio, en el Anexo 6 del PPT se ha adjuntado la información proporcionada por la actual adjudicataria del contrato. Respecto al carácter de este anexo, se trae a colación lo dispuesto por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao (sentencia nº 360/de 13 de noviembre de 2008) en el que se señala que la subrogación empresarial del personal operará en el modo que establezca la legislación y convenio de aplicación y no en el modo o respecto de las personas que determinen las empresas.

e) La información publicada señala el convenio colectivo aplicable a este personal, la fecha de antigüedad, el tipo de contrato, la jornada (%), el salario bruto anual y la situación laboral, además, en lo que respecta a los restantes conceptos retributivos (pluses, complementos, plus de disponibilidad e incentivos), se facilita un cómputo global sin individualizarlo por cada trabajador. No se facilita información individual, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En todo caso, la información publicada permite al futuro contratista conocer suficientemente cuáles serán sus obligaciones al asumir el contrato.

SEXTO: A pesar de que el poder adjudicador no discute la legitimación del Grupo Municipal, siempre se puede examinar la legitimación de los concejales a título individual. Esta cuestión merece una especial comprobación por parte de este órgano resolutorio, quien debe abordarla por ser ésta una cuestión de orden jurídico procesal.

El artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) establece que «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.»



De la mera lectura de esta norma se concluye que se otorga legitimación de forma expresa a los concejales por lo que se plantea la duda de si ésta se extiende al grupo municipal.

En la STS de 30 de junio de 2008 (Roj 3688/2008), se señala que el Grupo Municipal carece de legitimación en el proceso contencioso-administrativo pero que, no se puede negar, que los Concejales de la Corporación Local disponen de legitimación y que el principio "pro actione" y el derecho a la tutela judicial efectiva permite la subsanación de todas aquellas situaciones que puedan conducir a una declaración de inadmisibilidad del recurso. En el presente caso, las bases impugnadas son recurridas por una Concejala del Ayuntamiento de Bilbao, a la que sus tres compañeros de Grupo Municipal han conferido poder para interponer el recurso especial, por lo que, en aplicación del principio antiformalista que rige el procedimiento administrativo (expresión del art 3 LRJPAC), norma a la que se debe acomodar el procedimiento de recurso especial en (art. 46.1 TRLCSP), se ha de considerar que el recurso ha sido interpuesto por cuatro concejales del Ayuntamiento de Bilbao.

Procede analizar la naturaleza y el alcance de la legitimación del art. 63.1 LBRL y su relación con el art. 42 del TRLCSP que contiene una regla de legitimación específica para el recurso especial en materia de contratación, en concreto, dispone que «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.» El concepto de "interés legítimo" ha sido interpretado por el OARC / KEAO, en su Resolución 18/2015, en el sentido de exigir que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Esto última significa, en particular, que el interés legítimo no



puede ser asimilado al del mero interés en la legalidad (ver las SSTC 60/82 y 257/88, y las SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, así como la Resolución 110/2014).

En relación con la legitimación de los concejales, el Tribunal Constitucional en la sentencia 173/2004, de 18 de octubre, tras analizar el concepto de “interés legítimo” como título de legitimación activa señala, en su fundamento 4, lo siguiente:

«Sentado lo anterior, es necesario tener en cuenta que, al lado de esa legitimación –que en definitiva es la general para poder acceder al recurso o proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA–, 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 modalidad de título legitimador, 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, conforme antes se destacó en el fundamento 3, apartado a)–, encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL»

El TC considera que, junto a la legitimación general basada en el “interés legítimo”, existe una legitimación ex lege a favor de los concejales, basada en el art. 63 LBRL, que es diferente a la acción pública, que se deriva de su condición de representante popular y que se traduce en un interés concreto de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento. Con posterioridad, el



Tribunal Constitucional ha confirmado esta jurisprudencia en la sentencia 210/2009, de 26 de noviembre.

En el presente caso, se recurren varios extremos ligados al anejo nº 6 del PPT. En concreto, la inclusión de categorías profesionales inexistentes en el convenio de aplicación (“Jefe de servicio” y “encargado general”) que, además, eran apoderados de las empresas contratistas, lo cual puede suponer un indicio de que en el listado se incluyen directivos de las empresas que actualmente realizan el servicio; opacidad de los salarios que cobran, que únicamente los conoce la empresa adjudicataria; que no figuran ni las iniciales de los trabajadores ni de sus fechas de nacimiento; que figura una cantidad económica global, fuera de convenio, y que no existe aclaración en lo que respecta al personal en situación de incapacidad permanente total cuya situación ha sido objeto de revisión.

El listado cuyo contenido critican los recurrentes deriva de la obligación consignada en el art. 120 TRLCSP de informar en el propio pliego o en la documentación complementaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales,

En relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado en sus Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014 que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto. No obstante, la información



que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP), y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP. (Resolución OARC/KEAO 44/2014).

Los recurrentes alegan tres motivos para justificar su interés en la interposición del recurso; el primero, referido a que la incorrecta confección del listado puede motivar que el servicio a contratar no se desarrolle de forma adecuada; el segundo, que se ha producido una infracción del principio de transparencia, pues sólo una empresa tiene acceso a información económica relevante; y el tercero, que se ha producido una infracción del principio de legalidad, pues las categorías deberían estar recogidas en el correspondiente convenio colectivo.

De estos tres motivos se deduce que los recurrentes denuncian la veracidad de la información contenida en el anexo 6 del PPT, que es la materialización de la obligación de información contenida en el art. 120 del TRLCSP, y que los concejales ostentan de legitimación ex lege por el art. 63.3 LBRL para controlar la correcta actuación del Ayuntamiento.

No es obstáculo que el recurso haya sido interpuesto por concejales que no han participado en la adopción del acto o acuerdo impugnado y que, por lo tanto, no han podido mostrar su disconformidad al mismo –los recurrentes no participan en las decisiones/acuerdos tomadas por la Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao, órgano de Contratación que ha aprobado los pliegos de la licitación–, pues una continuada jurisprudencia del TC (STC 173/2004, de 18 de octubre, STC 08/2006, de 3 de abril y STC 210/2009, de 26 de noviembre) considera que no tiene sentido admitir la legitimación de un miembro de la



Corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad.

Queda una última cuestión por analizar y es la relativa a si la legitimación reconocida a favor de los concejales en el art. 63.3 LBRL lo es únicamente en la vía jurisdiccional pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se basa en el derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Este OARC / KEAO entiende que la respuesta ha de ser negativa por dos razones: la primera, porque tanto la legitimación general del artículo 19 LJCA como la del art. 42 del TRLCSP se basan en el “interés legítimo” por lo que son de aplicación a la vía administrativa los mismos criterios en cuanto a su alcance y su diferencia con la legitimación del artículo 63.3 LBRL y la segunda, porque como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo 79/2013), esta jurisprudencia se debería aplicar también en vía administrativa sobre la base del principio general de que quien puede lo más puede lo menos.

En consecuencia, únicamente cabe concluir que los concejales del Grupo Municipal Bildu gozan de legitimación para interponer el presente recurso especial en materia de contratación.

SÉPTIMO: El anexo 6 del PPT bajo la rúbrica de “Plantilla que actualmente presta sus servicios” presenta un listado, fechado el 16 de marzo de 2015, en el que se identifica la empresa que actualmente presta sus servicios, el convenio aplicable al personal –“Convenio colectivo suscrito por personal adscrito a los servicios de conservación y mantenimiento de los parques y zonas ajardinadas de Bilbao”–, y la relación de personal, identificado por número correlativo, de los que se especifica, su categoría profesional, la fecha de antigüedad en la empresa, la fecha de antigüedad en el Ayuntamiento de Bilbao, el tipo de contrato –identificado por códigos–, la jornada –descrita en porcentajes–, el salario bruto anual y la situación laboral. Asimismo, señala los trabajadores que se hallan en situación de incapacidad permanente total, con



señalamiento de la fecha de revisión de la misma y un importe total anual correspondiente a pluses complementarios, y plus de disponibilidad e incentivos fijos por importe de 46.928,20 €.

Ninguno de los reproches efectuados puede prosperar por las siguientes razones:

- Como reiteradamente viene manifestando este OARC / KEAO (Resolución 118/2013) el artículo 120 TRLCSP no es la fuente de la obligación de subrogación, papel que corresponde a las normas laborales o los convenios colectivos, y su única finalidad es que los potenciales licitadores decidan si les interesa o no presentar una oferta y, en su caso, con qué contenido. En este sentido, la información contenida en el anexo 6 del PPT cumple con este finalidad, pues contiene los datos suficientes como para que los potenciales licitadores puedan efectuar el cálculo de sus costes sin que se pueda efectuar reproche alguno a que no figuren los nombres y apellidos de los trabajadores pues, como ha indicado anteriormente este OARC / KEAO (Resolución 57/2013) son dos cosas diferentes cumplir con la obligación de subrogación y prestar el servicio exactamente con las mismas personas físicas, por lo que lo relevante es la identificación de las categorías profesionales, dotaciones y sus características generales. Por estas razones, tampoco es reprochable que la cantidad referida a Pluses no esté desglosada individualmente.

- No es infrecuente que las empresas otorguen poder a sus trabajadores para que puedan ejercitar determinadas facultades, como el cobro y pago de determinadas cantidades de dinero etc., por lo que gozar de poder para actuar en determinadas circunstancias en nombre de la empresa no es un rasgo único ni propio del personal de alta dirección.

- El artículo 54 del PPT exige que el equipo mínimo básico esté compuesto por, entre otros, un “Jefe de Servicio” y un “Encargado” y tal y como afirma el poder adjudicador en su informe se trata de categorías funcionales propias del contrato que no tienen por qué coincidir con las categorías profesionales



descritas en el convenio colectivo a aplicar; por un lado estaría la obligación contractual de que el equipo cuente con estas figuras y, por otro, que la empresa adjudicataria cumpla con el convenio colectivo. Conectada con esta crítica se halla la referida a que en el listado del anexo nº 6 del PPT se relacionan dos categorías inexistentes en el convenio colectivo, la de “Jefe de Servicio” y “Encargado”. Este argumento tampoco puede prosperar pues, si bien las denominaciones no concuerdan exactamente, si lo pueden hacer sus funciones (art. 18.a).1 del Convenio Colectivo en el que se describen las funciones del personal técnico y c).1 en el que se describen las funciones del encargado supervisor) de lo que el potencial licitador puede deducir la información relevante al objeto de formular su oferta.

- El listado cumple suficientemente con su función de facilitar información a los licitadores por lo que nada se puede reprochar al mismo señalándose que algunas cuestiones que se plantean, como incorporar determinadas categorías profesionales al Convenio Colectivo, no se hallan dentro del ámbito de actuación del órgano de contratación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por el grupo municipal BILDU del Ayuntamiento de Bilbao contra los pliegos del contrato de “servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, arbolado viario, jardineras, estructuras florales y jardines del municipio de Bilbao.”



SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko ekainaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de junio de 2015