



EB 2023/108

Resolución 100/2023, de 29 de mayo, de la 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 en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a los pliegos del contrato de “Contratación de servicios de atención en sala Medialab”, tramitado por Tabakalera – Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de mayo de 2023 se ha presentado 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a los pliegos del contrato de “Contratación de servicios de atención en sala Medialab”, tramitado por Tabakalera – Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A.

SEGUNDO: El mismo día 23 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 26 de mayo.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

En lo que respecta a la representación, consta en el expediente que M.A.E. que actúa en nombre de la recurrente.

En lo relativo a la legitimación, ELA pretende, en resumen, que se anulen los pliegos por considerar que el presupuesto base de licitación del contrato (PBL) incumple el artículo 35 y artículo 36 del Convenio Colectivo sectorial para los y las gestoras de Información y documentación de Gipuzkoa, por estar calculado sobre un número total de horas anuales del personal que va a ejecutar el trabajo inferior al total de horas de los que ahora lo ejecutan, lo que puede suponer futuros despidos o recortes en las jornadas laborales.

A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que se trata de una materia vinculada con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación del sindicato ELA para la interposición del recurso.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Tabakalera – Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A., tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) De los calendarios laborales de todos los trabajadores de Tabakalera para el año 2023 se desprende que el número total de horas a trabajar asciende a 14.749, inferior al número de horas (11.000) sobre las que se ha calculado el presupuesto base de licitación (PBL), lo cual supondrá recortes en las condiciones de trabajo y de jornada de los trabajadores.
- b) El artículo 36 del Convenio Colectivo Sectorial para los y las gestoras de información y documentación de Gipuzkoa impone la obligación de subrogación de todos los trabajadores adscritos al contrato existentes en el centro de trabajo o unidad productiva en el momento de la adjudicación por parte de la nueva empresa adjudicataria, lo que significa que ésta deberá respetar todos y cada uno de los derechos y condiciones laborales de los trabajadores subrogados incluyendo, entre otros, su jornada laboral.
- c) Finalmente, se solicita que
 - se declare nulo o subsidiariamente anulable el acto impugnado, y



- se ordene retrotraer el proceso al momento de la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), Pliego de Cláusulas Técnicas Particulares (PCT) y Convocatoria, para la adjudicación del Contrato Administrativo en cuestión, para que las mismas se aprueben respetando lo recogido en el art. 35 Convenio Colectivo Sectorial para los y las gestoras de Información y documentación de Gipuzkoa, recogiendo el número total de horas anuales que se prestan actualmente en la ejecución del contrato a día de hoy vigente (14.749 horas) para que así se respete el derecho de subrogación de los trabajadores con todas las garantías, continuando el procedimiento con todas las garantías previstas en la Ley.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) El artículo 130 de la LCSP se limita a imponer al órgano de contratación una obligación de información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Es decir, la única obligación formal que asume es la de requerir al contratista la información necesaria y, de existir, facilitársela a los licitadores con el fin de que dispongan de la información necesaria para la evaluación de los costes salariales. En la presente licitación, dicha información se ha incluido en el Anexo VII del PCAP.
- b) En cualquier caso, el órgano de contratación no está obligado a que el nuevo contrato permita que la totalidad de la plantilla con derecho a subrogación pueda mantener en él las mismas condiciones. Tabakalera ha redimensionado el servicio ajustando el número de horas estimadas de prestación del mismo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente plantea que la configuración del contrato conculca el acuerdo de subrogación de personal contenido en el Convenio Colectivo aplicable a los



trabajadores adscritos al contrato. A juicio de este Órgano, no cabe aceptar esta alegación por las siguientes razones:

- 1) La sentencia 448/2015 del TSJPV (ECLI:ES: TSJPV:2020:1419). establece que «(...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses».

- 2) Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el motivo debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. Téngase en cuenta que la obligación del nuevo contratista de subrogarse en la relación laboral de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación tiene su origen en las normas laborales o en los convenios colectivos que la establecen. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, los pliegos se limitan a señalar dichas normas o convenios y el personal afectado por ellas para que los operadores económicos interesados puedan tener un adecuado conocimiento de los costes laborales que conlleva su oferta (ver, por todas la Resolución 169/2018 del OARC / KEAO). Asimismo, el citado artículo excluye la posibilidad de que sean los propios pliegos del contrato los que impongan la obligación de subrogación (ver, en este sentido la STSJPV nº 305/2020, de 19 de octubre de 2020, ECLI:ES: TSJPV:2020:1419). Consecuentemente, el parámetro legal para determinar si el contratista incumple o no dicha obligación lo constituirán



exclusivamente los mencionados convenios o normas, con independencia del contenido de los pliegos, que se limitan a reflejarla, pero no son su fuente, sin que la Resolución de este Órgano pueda en ningún caso incidir sobre ellas (Resolución 095/2021 OAR/KEAO).

- 3) Finalmente, como ya ha manifestado anteriormente este OARC/KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 5 y 139/2019), entra dentro de la discrecionalidad que ampara al poder adjudicador en el diseño de la prestación establecer el número de horas de trabajo necesarias para cumplir con la 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 (ver, en este sentido la Resolución 005/2019 de este OARC / KEAO).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a los pliegos del contrato de “Contratación de servicios de atención en sala Medialab”, tramitado por Tabakalera – Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A.

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



TERCERO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko maiatzaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de mayo de 2023