



**EB 2021/116**

**Resolución 159/2021, de 1 de octubre, 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 DE COMISIONES OBRERAS DE EUSKADI contra los pliegos del contrato “Gestión de los servicios culturales de proximidad del Ayuntamiento de Barakaldo y la ejecución de programas culturales de ciudad”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 28 de junio de 2021 se presentó 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 DE COMISIONES OBRERAS DE EUSKADI (en adelante, CCOO) contra los pliegos del contrato “Gestión de los servicios culturales de proximidad del Ayuntamiento de Barakaldo y la ejecución de programas culturales de ciudad”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

**SEGUNDO:** El día 29 de junio 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 en los días 1 y 7 de julio.





**TERCERO:** Con fecha 13 de julio la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 25/2021, adoptando la medida provisional de suspender el procedimiento de adjudicación.

**CUARTO:** No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la representación de E.P.H. que actúa en su nombre. Respecto a la legitimación para la interposición del recurso, debe verificarse su existencia a partir del alcance de las pretensiones impugnatorias que, en síntesis, consisten en la anulación de:

- (i) El anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que incluye la información sobre el personal subrogable a la que se refiere el artículo 130 de la LCSP por adolecer de varios errores, como no comprender a todo el personal con derecho a subrogación o no reflejar correctamente diversos salarios y costes.
- (ii) Los requisitos de perfil lingüístico que los pliegos establecen para los trabajadores que vayan a prestar el servicio por no estar justificados y perjudicar o dificultar la continuidad en el trabajo del personal subrogado.

A juicio de este Órgano, es clara la vinculación entre la primera pretensión y la defensa de las finalidades institucionales de la recurrente y de los intereses de sus afiliados o representados (ver, por todas, la Resolución 117/2021 del OARC / KEAO), por lo que debe entenderse que CCOO tiene legitimación activa para la interposición de este motivo impugnatorio. Por lo que se refiere a la segunda pretensión, se observa lo siguiente:



- 1) En principio, los legitimados para impugnar las cláusulas de los pliegos que obligan al licitador o al contratista a satisfacer determinados requisitos que pueden dificultar o impedir la presentación de una oferta son los operadores económicos que podrían estar interesados en el contrato (por ejemplo, porque consideran que dichos requisitos son discriminatorios, desproporcionados o no vinculados con la prestación); la razón es que son ellos los perjudicados por dichas cláusulas y los que, en el caso de estimarse el recurso, obtendrían el beneficio tangible derivado de la satisfacción de un derecho o interés, que cualifica la legitimación activa. Asimismo, este OARC / KEAO ha admitido la legitimación para impugnar los citados requisitos de las organizaciones empresariales representativas de los intereses afectados (ver el inciso final del segundo párrafo del artículo 48 de la LCSP y, por todas, su Resolución 53/2020) y de los correspondientes colegios profesionales para defender los intereses de sus colegiados (ver, por ejemplo, la Resolución 22/2021, que precisamente resuelve una impugnación sobre cláusulas lingüísticas consideradas desproporcionadas).
  
- 2) Si bien se reconoce en abstracto la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, lo cierto es que se exige 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 (STC 148/2014, de 22 de septiembre). Consecuentemente, en general, no se les reconoce legitimación para impugnar el tipo de estipulaciones mencionadas en el apartado 1) porque no consta una conexión entre la cláusula y los intereses y finalidades de dichas organizaciones, o si la hay, sería genérica, remota y meramente especulativa, desvinculada en principio de la infracción de normas sociales o laborales concretas, ámbito propio de la recurrente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 128/2018 y 5, 24 y 173/2019 del OARC / KEAO); en particular, no puede “deducirse fundadamente” que las cláusulas



impugnadas impliquen "...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" (artículo 48.2 de la LCSP).

- 3) La anterior afirmación general debe ser matizada para este caso concreto. Debe tenerse en cuenta que la alegación de CCOO se dirige especialmente a defender los intereses de un colectivo de trabajadores concreto y delimitado, como es el de los que vayan a subrogarse en la plantilla de la nueva adjudicataria; en especial, se argumentan los perjuicios que para la continuidad laboral de estos trabajadores podrían generar los niveles lingüísticos exigidos, sobre todo a la vista de sus circunstancias personales. De ello se deduce la existencia de un beneficio tangible derivado de la estimación de la pretensión, cuya consecución satisface finalidades propias de la recurrente. Llegados a este punto, debe admitirse la legitimación activa de CCOO para interponer la segunda pretensión.
  
- 4) Finalmente, debe tenerse en cuenta que el título legitimante faculta a CCOO para la interposición del recurso en lo que se refiere a la segunda pretensión y habilita su admisión a trámite al cumplirse uno de sus requisitos procedimentales (ver el artículo 55 b) de la LCSP), pero también delimita los términos del debate jurídico y el alcance de la Resolución del OARC / KEAO. En este sentido, debe tenerse en cuenta que este Órgano no decidirá la estimación o desestimación del recurso con base exclusiva en la adecuación abstracta a la legalidad de las cláusulas recurridas, sino también verificando si de los pliegos puede deducirse el perjuicio concreto al que se refiere el apartado 3) anterior, en cuya eliminación radica el único interés tangible que dota de legitimación a la impugnación.



**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, el Ayuntamiento de Barakaldo tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, 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) El anexo de personal subrogable incluye 26 puestos de trabajo, pero solo el coste de 25; se alega que no es correcto el coste total del servicio porque no se incluye el salario del sustituto del gestor de programas, el coste de Seguridad Social a cargo de la empresa (que ascendería a un 33% sobre el salario bruto) ni los sueldos de quienes completan la jornada de los que la tienen reducida.



Tampoco se incluyen varios trabajadores que complementan la jornada a tiempo parcial de otros que disfrutan esta última, ni las condiciones más favorables pactadas, ni las jornadas de los trabajadores (dato necesario para conocer las horas de dedicación y comprobar si son suficientes para prestar los horarios exigidos en los pliegos).

b) Los pliegos establecen unos requisitos de perfil lingüístico de euskera que deben cumplir todos los puestos (perfil 3 para los técnicos y perfil 2 para los administrativos y el personal de mantenimiento). Además, el apartado tercero del PPT (página 14) establece que, en caso de no cumplir esta exigencia el personal subrogado adscrito al contrato, el adjudicatario se responsabilizará de que comience a cumplirlos, bien mediante un plan de formación de la empresa, bien indicando la necesidad de que el personal se matricule para la obtención de la certificación lingüística en un plazo no superior a la duración del pliego; el recurrente alega que esta condición es incompatible con la realidad del personal subrogado, que en su mayoría carece de los perfiles, que no pueden obtenerse en el plazo de dos años. Por ello, buena parte de este personal deberá ser liberado porque sus jornadas y horarios son incompatibles con los de los esukaltegis. El recurrente alega que se corre el riesgo de vulnerar la cláusula de subrogación haciendo que la empresa entrante pueda entender que existe una inidoneidad sobrevenida en el trabajador.

c) A juicio del recurrente, la condición especial debió ser objeto de informe sobre la realidad lingüística de los usuarios; de lo contrario, la decisión del órgano de contratación resultaría arbitraria y falta de motivación. Se alega que, dadas las características de la plantilla subrogable, las exigencias lingüísticas contravendrían la cláusula de subrogación. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que no se ha constituido la Comisión de euskera ni existe un plan de normalización, como prevé el convenio colectivo aplicable.

d) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad o que se anule el Anexo que recoge el personal subrogable y que se declare la nulidad de los requisitos de perfil lingüísticos establecidos para los trabajadores que prestan el servicio;



asimismo, se solicita prueba, consistente en requerir al poder adjudicador y al anterior adjudicatario diversos documentos relativos a las condiciones de trabajo del personal subrogable.

#### **SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo que a continuación se resume:

- a) La información sobre subrogación se corresponde con la proporcionada por el actual adjudicatario y el Ayuntamiento no ha observado error alguno en la misma; se alega que el Anexo contiene 26 personas subrogables, sin perjuicio de que pueda haber otros trabajadores que las sustituyan por bajas, licencias, etc; no se considera suficiente para fundar el recurso que no consten datos como el calendario o las jornadas específicas que, además, son cuestiones que pertenecen al ámbito organizativo del nuevo adjudicatario.
- b) El PPT no pide a los trabajadores el cumplimiento de unos criterios lingüísticos de los que carecen, sino que deja claro que no puede exigirse dicha cualificación a trabajadores subrogables que no la poseen, por lo que no hay perjuicio para sus condiciones laborales.

#### **OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En resumen, el recurrente plantea (i) la incorrección del listado de personal subrogable y (ii) de las exigencias lingüísticas al personal que vaya a ejecutar el contrato. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ambas cuestiones.

##### a) Sobre la subrogación de los trabajadores

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). En este sentido, 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 las mencionadas normas o convenios, 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 (ver, por ejemplo, la Resolución 095/2021 OAR/KEAO).

b) Sobre la exigencia de perfiles lingüísticos

De acuerdo con lo señalado en el Fundamento jurídico primero de la presente Resolución (especialmente su apartado 4), este motivo de impugnación no puede aceptarse. Debe tenerse en cuenta que la pretensión del recurrente es que este Órgano “Declare la nulidad de los requisitos de perfil lingüísticos establecidos para los trabajadores que prestan el servicio”, y que la legitimación de CCOO se sustenta en la defensa de los trabajadores con derecho a subrogación y no en cualquier otro título. Como bien alega el poder adjudicador, los citados requisitos no pueden perjudicar a este colectivo, cuyos miembros están expresamente excluidos de acreditarlos por la clara redacción del PPT (página 14), que no ha sido impugnada y que establece que “En caso de no cumplir los requisitos de formación exigidos, la empresa adjudicataria deberá responsabilizarse de que el personal subrogado, adscrito a este contrato comience a cumplir las condiciones de formación establecidos en estos Pliegos, proporcionando los recursos, bien a través del plan de formación programado por la empresa, bien indicando la necesidad de que el personal se matricule para la obtención del Grado Universitario y la certificación lingüística exigida en un plazo no superior a la duración del presente pliego.” Por ello, la hipotética estimación del recurso en nada mejoraría la situación del personal subrogado, cuya defensa es el único interés que legitima la pretensión. Consecuentemente, el motivo de impugnación debe desestimarse.

c) Conclusión

A la vista de todo ello, el recurso debe desestimarse íntegramente. Asimismo, no cabe acceder a la prueba solicitada por ser innecesaria, ya que el debate planteado es puramente jurídico y no hay cuestiones fácticas relevantes para resolverlo.



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 DE COMISIONES OBRERAS DE EUSKADI contra los pliegos del contrato “Gestión de los servicios culturales de proximidad del Ayuntamiento de Barakaldo y la ejecución de programas culturales de ciudad”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

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

**TERCERO:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

**Vitoria-Gasteiz, 2021eko urriaren 1a**

Vitoria-Gasteiz, 1 de octubre de 2021