



EB 2019/069

Resolución 110/2019, de 14 de junio, 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 Asociación de empresas de mantenimiento integral y servicios energéticos (AMI) contra los pliegos del contrato de “Mantenimiento integral y conducción de las instalaciones del Hospital de Basurto y centros de salud pertenecientes a la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de abril de 2019 se recibió en el registro del Órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación de empresas de mantenimiento integral y servicios energéticos (AMI) contra los pliegos del contrato de “Mantenimiento integral y conducción de las instalaciones del Hospital de Basurto y centros de salud pertenecientes a la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 24 de abril se recibieron en el 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, la copia del expediente de contratación y 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).

TERCERO: Por la Resolución B-BN 017/2019, de 25 de abril, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1NRS-BPD4 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1NRS-BPD4 en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 3 de mayo, se han recibido las alegaciones de la empresa GIROA, S.A. el día 5 de mayo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.J.M.H.D.A, que actúa en su nombre. Debe analizarse la alegación de GIROA, que afirma que falta la acreditación del acuerdo expreso de interposición del recurso, a cuya adopción se halla obligada AMI en virtud de los artículos 35 y 37 de sus estatutos; en definitiva, argumenta que se ha omitido la adopción, por medio del órgano competente, de un acuerdo o decisión específica, exigida por los propios estatutos de la asociación recurrente de la que GIROA también forma parte a través de VEOLIA, ordenando la interposición del recurso. En este sentido, el artículo 51.1 a) de la LCSP, que establece los documentos que deben acompañar al recurso, en su letra a), que tiene igual redacción que el derogado artículo 44.4. a) del TRLCSP, únicamente exige que se presente el documento que acredite la representación del compareciente. Asimismo, el artículo 24.3 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto y no menciona la obligación de presentar documento adicional alguno. Finalmente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, aplicable al procedimiento especial en los términos del artículo 56.1 de la LCSP, al igual que la derogada Ley 30/1992, tampoco exige este requisito para la presentación de los recursos administrativos en sus artículos 115 y 116 (ver, por ejemplo, la Resolución 51/2016 del OARC / KEAO). Teniendo en cuenta todo ello, así como que la



necesidad de garantizar el efecto útil del recurso especial impide exigir mayores requisitos procesales para su ejercicio que los exigidos en las normas que lo regulan, y que, como recurso administrativo que es, se caracteriza por su antiformalismo, la alegación de GIROA no puede aceptarse.

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

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP son impugnables los pliegos y los demás documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) A juicio de la recurrente, al personal adscrito a la ejecución del contrato le sería aplicable el Convenio Colectivo provincial de la industria



siderometalúrgica de Bizkaia 2008 – 2011, que no establece la subrogación que el pliego recoge; tampoco hay obligación de subrogación para el nuevo contratista derivada de una norma jurídica. Por otro lado, los pliegos de la licitación no pueden ser la fuente de la citada obligación.

b) Finalmente, se solicita el dictado de una resolución que modifique los pliegos en el sentido de anular y dejar sin efecto la obligación de subrogación.

SÉPTIMO: Alegaciones de GIROA

GIROA alega que existe una norma legal de la que deriva la obligación de subrogación, que es el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad, reunida el 14 de marzo de 2008, aprobado por el Decreto 106/2008, concretamente su punto 13; apoya su posición con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con argumentos similares a los expuestos por GIROA en sus alegaciones.

NOVENO: Apreciaciones del OARC/KEAO

El objeto de la impugnación es la validez de las cláusulas de los pliegos que recogen la obligación del contratista de subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores que vienen ejecutando la prestación objeto del contrato. El recurrente afirma que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que vayan a ejecutar la prestación no impone la obligación de subrogación y que tampoco hay ninguna otra fuente convencional o legal que la establezca. Por su parte, tanto el poder adjudicador como GIROA alegan como único y suficiente origen de la obligación de subrogación el punto 13 del Acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad, en su reunión del día 14 de marzo de 2008, aprobado por el Decreto 106/2008, de 3 de junio, y publicado en el Boletín Oficial del País Vasco del 16 de junio, número 113 (en adelante, Decreto 106/2008), cuya literalidad, por lo que importa al caso, es la siguiente:



13.- Externalización de servicios

(...)

- En las sucesivas adjudicaciones de un mismo servicio, y a fin de hacer posible la estabilidad de las plantillas, se garantizará por parte de las nuevas adjudicatarias la subrogación de los / as trabajadores / as.

(...)”

Seguidamente se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la subrogación en la LCSP

En síntesis, el artículo 130 de la LCSP establece que en los contratos afectados por una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, existe para el poder adjudicador una obligación de incluir en el pliego que ha de regir la licitación la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. La literalidad de este precepto es ligeramente diferente a la de su antecedente, el artículo 120 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), que hablaba de los contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales; esta redacción podía dar lugar a entender que el clausulado del propio contrato público era título jurídico suficiente para la obligación de subrogación aunque esta no viniera impuesta por la legislación laboral o un convenio colectivo. Sin embargo, no fue esta la interpretación mantenida por los órganos de recursos contractuales, que en general consideraron que el mandato legal implicaba un deber de transparencia del poder adjudicador, el cual se limitaba a informar de una obligación preexistente con la finalidad de que los operadores económicos interesados pudieran conocer con precisión los costes laborales derivados del contrato y decidir, a la vista de ellos, si les interesaba presentar una oferta y, en su caso, el contenido de la misma (ver, por todas, la Resolución 49/2018 del OARC / KEAO). Esta



interpretación es también la que adoptó el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de junio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2675 (sala de lo contencioso) y de 12 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4773 (sala de lo social), y la que, ahora incluso con más apoyo en la estricta literalidad del precepto, ha mantenido el OARC / KEAO a propósito del artículo 130 de la LCSP (ver, por todas, su Resolución 169/2018); en síntesis, el criterio es que es a la legislación laboral a la que debe atenderse para imponer o no la obligación de subrogación. Desde este punto de vista, no cabe duda de que las cláusulas impugnadas no están amparadas por el citado artículo 130 ni tampoco por ningún convenio colectivo; dado que es claro (y las partes no lo discuten) que tampoco están habilitadas por el Estatuto de los Trabajadores u otra norma jurídica, y a la vista del debate suscitado entre las partes, debe analizarse si el Decreto 106/2008 puede legitimarlas.

b) Sobre el Decreto 106/2008 como fuente de la obligación de subrogación

Partiendo de la base de que el propio pliego no puede ser la fuente de la obligación de subrogación, debe analizarse ahora si el hecho de que el Decreto 106/2008 formalice un acuerdo entre el poder adjudicador y su personal que establece que las nuevas adjudicatarias de servicios externalizados garantizarán dicha subrogación es suficiente para considerar conformes a Derecho las estipulaciones impugnadas. A juicio de este OARC / KEAO, la conclusión es negativa. A diferencia del compromiso adquirido por la Administración en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013, recurso 58/2012, ECLI:ES:TS:2013:3407, alegada por GIROA, el Decreto 106/2008 no establece taxativamente que Osakidetza deba incluir siempre y en todo caso en los pliegos cláusulas de subrogación obligatoria. Téngase en cuenta que el destinatario de la obligación no es aquí, literalmente, el poder adjudicador, sino terceros ajenos al Acuerdo, las nuevas adjudicatarias de los servicios externalizados, que siempre podrían alegar que el pacto no les vincula y que solo estarán obligadas a la subrogación si se dan los requisitos para ello (norma o convenio colectivo que la impongan) y no por la sola fuerza del Decreto 106/2008 o del contrato. Por ello, debe entenderse que,



con una redacción no muy clara, lo que se ha buscado es instar a la Administración a hacer cumplir la normativa o los convenios que obligan a la subrogación en el caso de que sean aplicables, pero no imponer esta última por vía exclusiva del clausulado del contrato. No obstante, debe aclararse que, incluso en el caso de que el punto 13 se interpretara como un mandato unívoco de introducir en todo caso una cláusula como la impugnada, ello no implicaría, evidentemente, una excepción normativa que exceptuara la prohibición general legislativa de que el contrato sea fuente de la obligación de subrogación; tan solo supondría el deber de Osakidetza de introducir una cláusula predispuesta en los pliegos, cuya adecuación al Ordenamiento debe verificarse en atención a las circunstancias concretas del contrato público en el que se inserta y del Derecho aplicable al caso, sin que dicho ajuste se pueda prejuzgar por su sola presencia en la norma que impone establecer la estipulación (ver, por ejemplo, la sentencia de 30 de diciembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 603/2014, ECLI:ES:TSJPV:2014:3937, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016, número 1301/2016, ECLI:ES:TS:2016:2639). Consecuentemente, y dado que en este caso no hay ningún título jurídico válido para la obligación de subrogación, el recurso debe estimarse.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación de empresas de mantenimiento integral y servicios energéticos (AMI) contra los pliegos del contrato de “Mantenimiento integral y



conducción de las instalaciones del Hospital de Basurto y centros de salud pertenecientes a la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza, anulando las cláusulas de los pliegos que se señalan a continuación y cancelando el procedimiento de adjudicación:

- Punto 10 de las Cláusulas específicas del contrato.
- Punto 7.4 del Pliego de Condiciones Técnicas.
- Cualquier otra cláusula de la documentación contractual que establezca o presuponga la obligación de subrogación.

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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko ekainaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de junio de 2019