EB 2021/162

Resolución 188/2021, de 2 de diciembre, 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 LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK frente a los pliegos del contrato de "Servicio de realización del programa de educación, formación y sensibilización en materia de consumo (Lote 2)", tramitado por Kontsumobide.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de agosto de 2021 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 LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) frente a los pliegos del contrato de "Servicio de realización del programa de educación, formación y sensibilización en materia de consumo", tramitado por Kontsumobide.

SEGUNDO: El 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 24 de agosto.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T38F7-W0N5 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T38F7-W0N5 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 30/2021, de 1 de septiembre de la Titular del OARC/KEAO, se acordó suspender de forma cautelar el procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: <u>Legitimación y representación</u>

Consta en el expediente la representación de A.M.R., que actúa en nombre de la recurrente.

Por lo que a la legitimación se refiere, debe recordarse el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, ECLI: ES:TSJPV:2015:3449, en la que se estima en parte un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO. En él se establece que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible.

En el caso analizado, la entidad recurrente pretende la inclusión en los pliegos del listado de trabajadoras fijas discontinuas que han venido prestando el servicio. En el escrito de recurso se alega, en resumen y sin perjuicio del detalle con el que luego se expondrá, que la relación de personal subrogable que consta en la documentación contractual es incompleta y que el convenio de aplicación recogido en el pliego como aplicable para dicho personal no es el correcto. A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que los motivos de recurso se corresponden con las finalidades institucionales de la recurrente y con los

derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación de LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) para la interposición de este motivo de 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 servicio 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, Kontsumobide 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) LAB considera que, el PCAP en lo relativo a los datos sobre las condiciones de los contratos de trabajo, no ha incluido a todo el personal subrogable en el lote 2, infringiéndose el artículo 130 de la LCSP, y que deja fuera a todas las trabajadoras fijas discontinuas, salvo una. Ello constituye una vulneración de la normativa laboral, por cuanto que la subrogación deviene obligatoria en aplicación de los convenios de intervención social de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

b) En el PCAP únicamente se señala que el convenio de aplicación al personal a subrogar es el correspondiente a Araba, lo cual es erróneo o insuficiente, pues a la práctica totalidad del personal subrogado se le aplica el Convenio Colectivo de Bizkaia.

c) Finalmente, se solicita la inclusión la inclusión en los pliegos del listado de trabajadoras fijas discontinuas que han venido prestando el servicio (Lote 2).

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

a) Como consecuencia de la situación generada por la crisis del Covid-19 se produjo una revisión de los dos programas de formación que Kontsumobide ofrecía, de tal forma que uno de ellos (información itinerante en centros escolares y en centros de mayores) fue suspendido. Este programa se realizó por última vez en el curso escolar 2019/2020, finalizando el 31 de agosto de 20202 el contrato suscrito al efecto con la mercantil Ortzadar, SL. Por otra parte, la empresa Ludoland, SL ha sido la adjudicataria de los últimos contratos relativos al otro programa (formación en los centros de formación permanente).

b) Las razones por las que no se ha procedido a solicitar datos del personal subrogable a Ortzadar, S.L. son (i) que el objeto del contrato no se corresponde con el que la empresa había desarrollado los años precedentes; (ii) que la relación contractual de la empresa Ortzadar, S.L con Kontsumobide expiró el 31

de agosto de 2020, por lo que no hay sucesión empresarial, y (iii) lo que se ha incorporado al PCAP es el listado proporcionado por Ludoland, S.L.

c) Por otra parte, el listado de personal presuntamente subrogable enviado por Ortzadar, S.L. no coincide con el de las personas que estuvieron trabajando en el contrato 1/2019-KB que la empresa identifica como origen del derecho a la subrogación.

d) Finalmente, el Convenio Estatal de Intervención Social podría aplicarse supletoriamente e indica que el carácter vinculante de la subrogación no desaparece en el caso de que la administración suspendiese el servicio por un periodo no superior al año.

OCTAVO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

La recurrente plantea la incorrección del listado de personal subrogable y del convenio aplicable a dicho personal. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) <u>Sobre la subrogación de los trabajadores y el convenio de aplicación</u>

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 115/2021), el motivo relativo a la subrogación debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada satisfaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. Téngase en cuenta que los pliegos cuya modificación (por inclusión de un nuevo listado de trabajadoras a subrogar) se solicita no son el instrumento legal que regula la subrogación, cuyo alcance se rige por los convenios colectivos o normativa aplicable, que dichos pliegos se limitan a reflejar y sobre los que no puede incidir la decisión de este Órgano (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:2675 y de 12 de diciembre de 2017, ECLI: ES:TS:2017:4773). Por la misma razón, igual suerte debe correr el motivo relativo a la incorrecta fijación del convenio colectivo que afecta al personal con derecho a subrogación, pues el pliego se limita a informar sobre dicho convenio (artículo 130.1 de la LCSP), cuya aplicación o no depende, en última instancia, de lo que determinen las normas laborales, y no de su establecimiento en la documentación contractual.

b) <u>Conclusión</u>

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

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 LAB frente a los pliegos del contrato de “Servicio de realización del programa de educación, formación y sensibilización en materia de consumo”, tramitado por Kontsumobide.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko abenduaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de diciembre de 2021