



EB 2017/050

Resolución 059/2017, de 16 de mayo de 2017, 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 KULTURBIDE GESTIÓN SOCIOCULTURAL, S.L. contra los pliegos del contrato de “Servicio de vigilancia en centros educativos, salas de estudio de la Biblioteca central, salas de estudio de minas, sala de exposiciones del Centro de Integración Social (C.I.S.) y otros Espacios Socio – culturales del Municipio, adscritos al área de cultura, educación, euskera, juventud y prevención de drogodependencia del Ayuntamiento de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 23 de marzo de 2017 tuvo entrada 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 KULTURBIDE GESTIÓN SOCIOCULTURAL, SL (en adelante, KULTURBIDE) frente a los pliegos del contrato “Servicio de Vigilancia en Centros Educativos, Salas de Estudio de la Biblioteca Central, Salas de Estudio de Minas, Sala de Exposiciones del Centro de Integración Social (C.I.S.) y otros Espacios Socio-Culturales del Municipio, adscritos al Área de Cultura, Educación, Euskera, Juventud y Prevención de Drogodependencia del Ayuntamientos de Barakaldo”.

SEGUNDO: El OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador (Ayuntamiento de Barakaldo) y le solicitó, además de la copia del expediente



de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación se recibió en el registro de este órgano el 28 de marzo de 2017.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 07/2017, de 29 de marzo, el titular del OARC / KEAO acordó la suspensión cautelar del procedimiento hasta la resolución del recurso.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados se han recibido el día 31 de marzo, las de la empresa BILUR 2000, S.L.

QUINTO: Mediante la Resolución E-I 01/2017, de 28 de abril de 2017, el Titular del OARC / KEAO resolvió la apertura de un trámite de audiencia al amparo del artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, para que los interesados alegaran lo que estimaran oportuno en relación con dos cuestiones que se consideran críticas para solventar la viabilidad de la pretensión del recurso y que, sin embargo, no han sido planteadas por las partes:

- Si el Convenio de Intervención Social de Bizkaia, al que se refiere el párrafo cuarto del apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas citado, incluye o no en su ámbito funcional (artículo 1) la actividad objeto del contrato.
- Si los pliegos de una licitación pueden o no imponer, por su sola fuerza vinculante, la aplicación de un convenio que, de acuerdo con la legislación laboral, no sería el que regiría las relaciones de la contratista y sus empleados.

SEXTO: Con fecha 3 y 4 de mayo, respectivamente, se recibieron las alegaciones del poder adjudicador y de KULTURBIDE en relación con el trámite señalado en el Antecedente de Hecho anterior, no habiéndose recibido alegaciones de BILUR 2000.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de don J. L.Z., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Se trata de un contrato de servicios incluido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP y cuyo valor estimado es superior a los 209.000 euros, por lo que, de conformidad con el art. 40.1.b) del TRLCSP, está sujeto al recurso especial en materia de contratación.

TERCERO: Se recurren los pliegos del contrato, acto recurrible de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.2 a) TRLCSP.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Barakaldo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: KULTURBIDE solicita la anulación de los pliegos de condiciones técnicas y administrativas particulares por entender que el precio de licitación no se ajusta al mercado y es manifiestamente desproporcionado respecto a los costes reales de ejecución de la prestación, de modo que no puede garantizarse la viabilidad del contrato, su normal ejecución y la concurrencia de ofertas viables suficientes no incursas en temeridad. El recurso incluye, para apoyar su pretensión, unos cálculos que acreditarían esta desproporción, basados en la comparación entre los precios fijados en los pliegos y las tablas salariales del Convenio Colectivo de Intervención Social en Bizkaia (en adelante, CISB); dicho convenio es el que según el párrafo cuarto del apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) debe cumplir el adjudicatario en relación con el personal contratado.



En el trámite del artículo 119.3 de la Ley 39/2015, se alega que las actividades objeto del contrato no están incluidas en el ámbito funcional del CISB, por lo que este Convenio no es aplicable; entiende que el convenio aplicable viene determinado por la legislación laboral y es materia que corresponde, en última instancia, al orden jurisdiccional social. Se concluye afirmando que los pliegos indican un convenio que no es aplicable y que el poder adjudicador no puede imponerlo.

SÉPTIMO: En sus alegaciones, BILUR 2000 señala que ha presentado una oferta a la licitación contando con que los salarios aplicables serían los que figuran en el Anexo II del PPT, que contiene las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación. Atendiendo a esta información, el precio de licitación sería correcto y la recurrente no tendría razón; por el contrario, si se entiende que los trabajadores deben percibir las retribuciones del CISB, el importe de licitación no cubriría ni siquiera los gastos del contrato y el recurso debiera prosperar.

OCTAVO: El poder adjudicador pide la desestimación del recurso, da por aplicable el CISB y alega que los cálculos del recurrente son erróneos y que ya hay dos empresas que han presentado oferta a la licitación.

En el trámite del artículo 119.3 de la Ley 39/2015, el Ayuntamiento alega que, dada la carencia de cálculos y fundamentos de la impugnación, se reafirma en el contenido de su informe de contestación al recurso, estima que la cuestión del ámbito funcional del convenio se responde con la mera descripción del personal incluido por el CISB en el Grupo 5 y considera que es obvio que el Pliego considera que puede imponer, por su sola fuerza vinculante, la aplicación de un convenio; en todo caso, si no fuera así, el litigio carecería de sentido, no habría objeción de costes (según lo que sostiene la propia reclamante) y solo quedaría basar adecuadamente esa conclusión, que no está suficientemente fundada.



NOVENO: En síntesis, el recurso alega el incumplimiento del artículo 87.1 del TRLCSP, que exige que los poderes adjudicadores cuiden de que «(...) el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación (...)». El recurrente centra su argumentación en intentar demostrar que, a la vista del coste salarial que se deriva de la aplicación del Convenio de Inserción Social de Bizkaia, el presupuesto del contrato es insuficiente para garantizar la viabilidad económica del contrato, argumentación que el poder adjudicador rechaza; el citado Convenio es citado en el último inciso del párrafo cuarto del apartado 3 del PPT, cuya literalidad es la siguiente:

«El adjudicatario deberá cumplir en relación con el personal contratado lo dispuesto en el Convenio de Intervención Social de Bizkaia (Personal del grupo 5C).»

En el mismo sentido, las alegaciones de BILUR 2000 hacen depender dicha viabilidad de que los salarios que deba satisfacer el contratista sean los establecidos en el Anexo II del PPT, que recoge la información sobre el personal subrogado (artículo 120 del TRLCSP), estimándose, por el contrario, que, de aplicarse el Convenio mencionado en el PPT, el presupuesto no cubre ni siquiera los gastos del contrato.

A la vista de lo anterior, es claro que los interesados han fijado el debate, en última instancia, en determinar si el presupuesto es o no adecuado al CISB, lo que es consecuente con el hecho de que es fundamental en el coste global de la prestación el peso de la mano de obra, que depende a su vez del convenio colectivo de referencia. Aunque la información sobre personal subrogado no menciona cuál es el convenio colectivo en el que se basan las retribuciones que señala, de un contraste superficial se concluye que éstas son notoriamente inferiores a las de las tablas salariales para el Grupo 5 del CISB. Por ello, este OARC / KEAO considera que el sentido de la resolución del recurso está condicionado en gran medida por cuál es el convenio aplicable. Dicho de otro modo, si el CISB es el convenio aplicable, procede contrastar el presupuesto



del contrato con los costes que de él se derivan, además de hacerlo también con otros factores. Por el contrario, si el CISB no es aplicable (es decir, si el apartado 3 del PPT estuviera afectado de un vicio de invalidez), podría decirse que el presupuesto contractual no estaría ajustado al precio general del mercado porque forzaría a los potenciales licitadores a asumir ilegítimamente un coste superior al que corresponde según los datos salariales del Anexo II de personal subrogado. Además, al repercutirse este coste en las ofertas se estaría encareciendo indirectamente el precio que se paga por el servicio sin que ello suponga ninguna ventaja adicional para el poder adjudicador, lo que es igualmente contrario a la búsqueda de un precio de mercado. Esta cuestión no figuraba sin embargo entre las planteadas por los interesados, por lo que el OARC / KEAO decidió abrir el trámite previsto en el artículo 119.3 de la Ley 39/2015 en los términos y con el resultado que se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Cuarto y en los Fundamentos de Derecho Sexto y Octavo. A continuación se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre todo ello.

La primera vía por la que el CISB podría ser el Convenio aplicable a las relaciones entre el adjudicatario del contrato y sus trabajadores sería que así lo impusiera su propio contenido. En este sentido, el artículo 1 del CISB, titulado “Ámbito funcional” establece lo siguiente:

«Art. 1.- Ámbito funcional

El presente convenio será de aplicación en todas aquellas empresas, asociaciones, fundaciones, centros, entidades u organizaciones similares (en adelante organizaciones) cuya actividad principal sea la realización de actividades de Intervención Social, cuya naturaleza jurídica no sea de derecho público, o cuyo accionista único o principal no sea una Administración Pública.

Por Intervención Social, se entienden las actividades o acciones, que se realizan de manera formal u organizada, que responden a necesidades sociales. Su propósito puede ser tanto paliar o corregir procesos de exclusión social, así como promover procesos de inclusión y prevenir la exclusión. Igualmente las actividades de



participación y fortalecimiento del tejido social mediante la educación no formal (ocio educativo) y la animación sociocultural.

Se verán afectados por este convenio los ámbitos de la acción social, así como el socio-laboral, el socio-sanitario, el socio-cultural (procesos de participación social desde un modelo de animación sociocultural) y el socio-educativo (ocio educativo y educación no formal).

Este ámbito funcional se concreta en el Catalogo de actividad publicado en el BOB nº 211 del 3 de noviembre de 2010.

Los colectivos destinatarios son igualmente diversos; personas o colectivos en exclusión o desprotección, riesgo de exclusión o riesgo de desprotección (por cuestiones económicas, sin hogar, personas con trastornos por dependencia a cualquier tipo de adicción y ex adicción, inmigrantes, desempleados y desempleadas, personas reclusas y ex reclusas) y también cualquier persona o colectivo en cuanto a lo que se refiere a la promoción de la participación social, la democratización cultural y la educación no formal. Igualmente quedan afectadas por este Convenio Colectivo las divisiones, líneas de negocio, secciones u otras unidades dedicadas a la prestación de servicios del ámbito funcional, aun cuando la actividad de la organización en que se hallen integradas sea distinta o tenga más de una actividad perteneciente a diversos sectores, salvo que las condiciones pactadas para estas organizaciones sean más beneficiosas a las pactadas en este convenio, en cuyo caso el mismo será de mínimo garantizado.

Quedan expresamente excluidas de la aplicación del presente convenio las organizaciones cuya actividad principal sea la atención y prestación de servicios a los colectivos de discapacitados físicos y/o psíquicos, así como aquellas cuya actividad se encuentra relacionada con la cooperación al desarrollo.

Así mismo se excluyen los talleres de empleo y casa de oficio, los centros y residencias de tercera edad y los servicios de ayuda a domicilio que tienen regulaciones laborales propias.»

El ámbito funcional del CISB debe contrastarse con el objeto del contrato tal y como se describe en los documentos contractuales (apartados 1 y 2.1 del PPT):

“1. - OBJETO DEL CONTRATO



El objeto del presente Contrato es la prestación de servicios de Vigilancia en Centros Educativos, Salas de Estudio de la Biblioteca Central, Salas de Estudio de Minas, Sala de Exposiciones del C.I.S. y otros Espacios Socio-Culturales del Municipio, adscritos al Área de Cultura, Educación, Euskera, Juventud y Prevención de Drogodependencia del Ayuntamiento de Barakaldo.”

“2.1. - Funciones a desarrollar:

Las funciones a realizar por el personal asignado por la empresa adjudicataria son las correspondientes a un Auxiliar de Servicios. Se señalan las siguientes:

- Información al público de accesos a edificios y/o instalaciones.
- Custodia y comprobación del estado y funcionamiento del edificio, en general; así como de las llaves correspondientes.
- Vigilancia de las instalaciones, especialmente en los períodos no lectivos en los que se desarrollará su trabajo.
- Comprobación y control del estado de las instalaciones, en general (calefacciones, ascensores, luminarias, instalaciones eléctricas y de agua, etc.); además de su puesta en marcha y cierre, para garantizar su funcionamiento y su seguridad.
- Recepción de visitantes y orientación de los mismos; así como, en su caso, el control de entrada mediante tickets o carnés privados, en cualquiera de los edificios, inmuebles e instalaciones objeto del contrato.
- Recepción telefónica de avisos y traslado a las personas responsables.
- Gestión auxiliar a la Dirección del Centro Educativo: recepción y envío de correos, fotocopiado de documentos, etc.
- Notificación a los Responsables Municipales, Dirección del Centro, Policía Municipal o Ertzaintza, en su caso, de cualquier incidencia relacionada con el funcionamiento del edificio, instalaciones, público visitante, o usuario del equipamiento.”

Es claro que el objeto del contrato y las funciones que debe asumir el personal del contratista no tienen relación con el ámbito funcional del CISB, pues se trata de “Servicios de conserjería” (como describe la propia carátula del PCAP), sin que conste que el adjudicatario vaya a realizar actuaciones para paliar o corregir la exclusión social o para poner en marcha procesos de inclusión social, ni que sean objeto de la prestación el ocio educativo o la animación sociocultural. El hecho de que el servicio se preste en centros educativos o socioculturales no es relevante, pues ello no cualifica en ningún modo las



tareas, cuya naturaleza y características en nada cambiarían si se llevaran a cabo en otros locales municipales, por ejemplo, en los que alojan los Servicios de la Hacienda local. Por lo tanto, se descarta que el CISB sea el convenio territorial generalmente aplicable a la prestación objeto del contrato, aunque pudiera serlo, en su caso, para alguna empresa concreta interesada en el contrato. Es más, no es posible que el poder adjudicador señale en los pliegos un único convenio colectivo legalmente aplicable a todos los operadores económicos (como mucho, podría señalarse un convenio sectorial de referencia). Téngase en cuenta que la legislación laboral vigente permite que empresas del mismo sector productivo se rijan, según los casos y las materias, por convenios territoriales, de empresa (artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, ET) o “descuelgues” (artículo 82.3 del ET), de modo que el convenio aplicable a la prestación podría variar según quién fuera finalmente el contratista. Es por esa razón que el artículo 5 de la Ley 3/2016, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, se limita a establecer que los pliegos deberán incorporar la obligación de que los licitadores indiquen el convenio colectivo que será de aplicación en el caso de resultar adjudicatarios; esta norma, por cierto, se ha incumplido en el contrato impugnado, a pesar de que el informe interventor (folios 90 y siguientes del expediente) advirtió expresamente de esta circunstancia.

La posibilidad de que el CISB pueda ser el Convenio aplicable en virtud de la propia fuerza vinculante de los pliegos también debe descartarse. Los convenios colectivos son producto de la negociación y el acuerdo entre empresarios y trabajadores (artículo 82.1 del ET), y no pueden imponerse a ambas partes por el poder adjudicador por vía contractual, sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable según la normativa laboral (y no ninguno otro) deba regir durante la ejecución del contrato, con las consecuencias legales que su incumplimiento pudiera conllevar (ver los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2016). Por otro lado, se trata de una posibilidad que también es rechazable desde el punto de vista del Derecho de la contratación pública, pues se obstaculiza la libre competencia (artículo 1 del TRLCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24). Así,



la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, “Ruffert”, ECLI:EU:C:2008:189, considera contrario al Derecho de la Unión obligar a los contratistas a pagar, al menos, el salario fijado en un convenio colectivo si dicho convenio no es, según la legislación laboral, aplicable a la empresa (en el mismo sentido, ver la Resolución 1059/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC). Una estipulación como la analizada podría hacer que algunos licitadores perdieran la ventaja competitiva que les aporta abonar sueldos bajos, siempre que sean respetuosos con la normativa prevista en el artículo 18.2 y el Anexo X de la Directiva 2014/24 y con el resto del derecho social y laboral mínimo necesario. En particular, se penalizaría a las empresas que se han acogido (o que pudieran acogerse después de la adjudicación) a opciones legales para incluirse en un convenio de empresa o en un “descuelgue” (pactado o no) que les garantiza un menor coste salarial que el exigido en el CISB, e incluso a las que se rigen por un convenio territorial distinto.

Por todo ello, la prevención de que el adjudicatario deba aplicar el CISB en todo caso no es ajustada a la legalidad, lo que supone, entre otras cosas, que los pliegos no se ajustan al mandato de buscar el “precio general del mercado” porque imponen a todos los licitadores la obligación de pagar unos determinados salarios con independencia del convenio aplicable según la normativa laboral, lo que encarece ilegítimamente el coste de la prestación e, indirectamente, el precio que vaya a abonar el poder adjudicador (ver la ya citada Resolución 1059/2016 del TACRC).

DÉCIMO: La consecuencia de la ilegalidad de la estipulación analizada en el apartado anterior debe ser su anulación. Dada su relevancia dentro del contrato, especialmente para su equilibrio económico, esta conclusión se extiende al resto de los pliegos (artículo 49.2 de la Ley 39/2015) y supone la cancelación de la licitación (ver, por analogía, la Resolución 139/2016 de este OARC / KEAO y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se cita en su fundamento jurídico décimo). Por otra parte, dicha



cancelación es la única forma de satisfacer la pretensión del recurrente, que podrá, en su caso, presentar oferta a una posible nueva licitación una vez depurados los pliegos, si el órgano de contratación la estima oportuna. Debe añadirse que la decisión es plenamente congruente con la petición del recurrente, que solicita “anular los Pliegos de condiciones técnicas y administrativas particulares que regirán en la adjudicación”, y no empeora su posición inicial (artículo 47.2 del TRLCSP).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el 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 interpuesto por KULTURBIDE GESTIÓN SOCIOCULTURAL, S.L. contra los pliegos del contrato de “Servicio de vigilancia en centros educativos, salas de estudio de la Biblioteca central, salas de estudio de minas, sala de exposiciones del Centro de Integración Social (C.I.S.) y otros Espacios Socio – culturales del Municipio, adscritos al área de cultura, educación, euskera, juventud y prevención de drogodependencia del Ayuntamiento de Barakaldo”, tramitado por el Ayuntamiento de Barakaldo, anulando los pliegos que rigen el procedimiento y cancelando la licitación.

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



TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 07/2017, de 29 de marzo.

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, 2017ko maiatzaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de mayo de 2017