



EB 2018/166

Resolución 005/2019, de 10 de enero, 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 ESK SINDIKATUA (Ezker Sindikalaren Konbergentzia) contra los pliegos del contrato “Ejecución de las actividades y Servicio de Rocódromos Municipales de Vitoria – Gasteiz (enero 2019 a julio 2019)”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de noviembre de 2018, ESK SINDIKATUA (en adelante, ESK) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato “Ejecución de las actividades y Servicio de Rocódromos Municipales de Vitoria – Gasteiz (enero 2019 a julio 2019)”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: El día 19 de noviembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO los días 21 y 22 de noviembre.



TERCERO: Con fecha 30 de noviembre se solicitaron alegaciones al único interesado que consta en el expediente, no habiéndose recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D.J.S.G., que actúa en nombre del 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, el recurrente pretende la anulación de los pliegos impugnados. En el escrito de recurso se alegan dos motivos para fundar la pretensión:

- a) Los pliegos no garantizan la subrogación de la plantilla, tal y como exigen la LCSP y el convenio colectivo de aplicación.
- b) No se justifica la división por lotes establecida en los pliegos.



A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que el motivo resumido en la letra a) anterior es 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 ESK para la interposición de este motivo de recurso.

No ocurre lo mismo con el motivo de la letra b), pues los criterios empleados por el poder adjudicador para configurar los lotes del contrato pueden afectar a los operadores económicos interesados en la licitación, que verían restringido su acceso al procedimiento o disminuidas sus posibilidades de resultar adjudicatarios según se haya optado por una u otra forma de división, pero no se alcanza a ver qué relación tienen con los intereses que el recurrente defiende. De hecho, los argumentos utilizados en el recurso se refieren a aspectos como la contradicción con contratos anteriores para el mismo servicio o el perjuicio que supone para las empresas y para la gestión eficiente del servicio la falta de rentabilidad de las adjudicaciones separadas, cuestiones ajenas a los intereses de ESK. El único engarce de esta impugnación con los intereses de los trabajadores que se alega es la manifestación de que el diseño de la prestación “no sólo tiene impacto en la cuenta final de las empresas, sino que directamente afecta a las condiciones de la plantilla”, pues “si una empresa no obtiene resultados económicos positivos, la plantilla se va a ver afectada”. En este sentido, el artículo 48 de la LCSP otorga legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse que implican 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; dicha legitimación depende de que la relación entre el acto impugnado y el incumplimiento sea deducible “fundadamente”. Sin embargo, la conexión en la que se basa el recurso es genérica, remota y meramente hipotética, y darla por buena sería tanto como entender que el artículo 48 de la LCSP habilita a los sindicatos para recurrir cualquier cláusula contractual que, a su juicio, limite la rentabilidad de los contratos, lo que es manifiestamente absurdo. Téngase en cuenta que el resultado económico final de un contrato está sujeto a múltiples



vicisitudes, muchas de las cuales ni siquiera dependen de su clausulado o configuración (la eficiencia de la estructura de la empresa, la evolución de los precios cobrados por los proveedores, etc.) y que, en todo caso, el contratista debe asumirlo en virtud del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), sin que sea misión de la Administración garantizarle un beneficio mínimo o la inexistencia de pérdidas (ver, por ejemplo, la Resolución 104/2015 del OARC / KEAO). Por todo ello, debe inadmitirse el motivo de impugnación relativo a la división en lotes, por lo que el análisis del recurso se centrará únicamente en el motivo señalado en la letra a) anterior.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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



SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) El recurrente señala que el Convenio Colectivo aplicable (convenio de Álava para actividades deportivas para terceros) establece en su artículo 24 una obligación de subrogación de la nueva adjudicataria en la relación laboral de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación; se alega que no es ajustado a Derecho un pliego que contempla un número de horas anuales de trabajo que impide que pueda ser subrogada la plantilla anterior, y que la cláusula 13.1.2.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) impone una obligación imposible porque pretende la subrogación pero no contempla la manera en la que puede satisfacerse.
- b) Finalmente, ESK solicita la anulación de los pliegos.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega que ha cumplido con las obligaciones que le impone el artículo 130 de la LCSP, que ha identificado el convenio colectivo aplicable y que el número de horas recogido en los pliegos es una competencia del servicio técnico que no está limitada por actuaciones precedentes ni por la normativa reguladora de la subrogación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina derivada de la citada sentencia 448/2015 del TSJPV, que 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».

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión de anulación de los pliegos en nada satisfaría los intereses de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. La información sobre personal a subrogar y sobre la misma existencia de la obligación de subrogación tiene la finalidad de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta y que son los que, en su caso, pueden impugnar su inexactitud (ver la Resolución 118/2013 del OARC / KEAO). En este sentido, los pliegos no regulan la subrogación ni su alcance, que se rigen por el convenio colectivo o norma aplicable como, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (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), cuyo contenido y fuerza vinculante no se vería en ningún caso alterados por la decisión de anular los pliegos que este Órgano pudiera adoptar. Por ello, la subrogación se produciría en todo caso en los términos previstos en el Convenio Colectivo, aunque el personal afectado, una vez dentro del poder organizativo del nuevo empresario, pueda, por ejemplo, pasar a ocupar un puesto de trabajo distinto en virtud de los correspondientes mecanismos de movilidad funcional. Por otro lado, como bien indica el Ayuntamiento, entra dentro de la discrecionalidad que le ampara 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. Finalmente, se observa que, en este caso concreto, ni siquiera el propio artículo 24 del Convenio alegado por ESK fija un derecho absoluto a la continuidad en el puesto y condiciones anteriores, sino que lo supedita a varios factores (cumplimiento de los requisitos marcados por el poder adjudicador, no disminución del servicio...). Consecuentemente, el motivo del recurso debe desestimarse.

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 ESK SINDIKATUA (Ezker Sindikalaren Konbergentzia) contra los pliegos del contrato “Ejecución de las actividades y Servicio de Rocódromos Municipales de Vitoria – Gasteiz (enero 2019 a julio 2019)”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

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

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

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urtarrilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de enero de 2019