



EB 2016/055 EB 2016/067

EB 2016/069

Resolución 069/2016, de 3 de junio de 2016, 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 la empresa LARRRIALDIAK EMERGENTZIAK, S. COOP., la UTE EMERBASK y la Central Sindical ELA contra el anuncio y pliegos de diversos lotes del contrato de “Servicio de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma de Euskadi”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han presentado los siguientes recursos especiales en materia de contratación frente al anuncio y los pliegos de los diversos lotes en los que se divide el contrato de “Servicio de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma de Euskadi”:

a) Con fecha 6 de mayo de 2016 la empresa LARRRIALDIAK EMERGENTZIAK, S. COOP. (en adelante, LARRIALDIAK) presentó en el registro del Órgano administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el recurso especial contra el anuncio y pliegos de los lotes nº 3 y nº 4 (EB 55/2016).

b) Con fecha 6 de mayo de 2016 las empresas SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L.; TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA, S.L. y AMBUBASK, S.A. actuando en compromiso de constitución de unión temporal de empresas de nombre comercial EMERBASK presentó en el registro del órgano de



contratación recurso especial contra los pliegos de los lotes nº 1, nº 2, nº 3 y nº 4 (EB 67/2016).

c) Con fecha 5 de mayo de 2016, la Central Sindical ELA presentó en el registro del órgano de contratación el recurso especial contra los pliegos (EB 69/2016).

SEGUNDO: Por Resolución B-BN 009/2016, de 16 de mayo de 2016, este órgano resolutorio acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: El expediente, junto con el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fueron recibidos en el OARC/KEAO el 19 de mayo de 2016.

CUARTO: Con fecha 24 de mayo de 2016 se remitieron los recursos a los interesados para la formulación de alegaciones, habiéndose recibido las de EMERBASK al recurso EB 69/2016.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Dada la conexión entre los tres recursos, procede acumular su tramitación en un único procedimiento (artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

SEGUNDO: Constan en el expediente la representación de quienes actúan en nombre de los recurrentes. En lo que respecta a la legitimación:

a) LARRIALDIAK (recurso EB 55/2016) no presenta oferta a ninguno de los lotes en los que se divide el objeto del contrato si bien impugna los lotes nº 3 y nº 4 del contrato que nos ocupa. Este Órgano Resolutorio ha admitido en pronunciamientos anteriores la legitimación de quien impugna los pliegos aunque posteriormente no participe en el procedimiento de licitación,



argumentando a favor de ello en la Resolución 78/2012 que «La regla general es la participación en el procedimiento como requisito de legitimación para recurrir los actos administrativos en materia contractual (STS de 20 de julio de 2005). Esta regla admite matizaciones y la jurisprudencia reconoce interés legítimo para recurrir a quien habiendo impugnado la convocatoria después no ha participado en el procedimiento de adjudicación (STS de 5 de julio de 2005).» En el caso que nos ocupa resulta claro que la empresa recurrente, que opera en el mercado del objeto del contrato, puede obtener un beneficio de la eventual estimación de su pretensión.

b) EMERBASK (recurso EB 62/2016) recurre los cuatro lotes en los que se divide el objeto del contrato, a los cuales ha presentado oferta. En pronunciamientos anteriores, como en la Resolución 106/2014, este OARC / KEAO ha admitido la legitimación del licitador que recurre habiendo presentado oferta al contrato cuyos pliegos impugna, pues lo contrario sería tanto como debilitar el efecto útil del recurso especial al establecer obstáculos a aquellos empresarios que aun entendiendo que el pliego no es ajustado a derecho están interesados en la adjudicación del mismo, y ha considerado que a ello no se le puede oponer la doctrina de los actos propios, argumentando que «En primer lugar, en la regulación del recurso especial contenida en el TRLCSP no hay ninguna norma de cuya literalidad pueda deducirse un motivo de inadmisión como el que señala el órgano de contratación; tratándose de una materia tan grave como la exclusión de un recurso que es correcto en lo que se refiere al plazo y la legitimación “ad causam”, parece claro que el legislador, de haber querido introducir el motivo, lo hubiera hecho de una manera suficientemente expresiva. En segundo lugar, la aceptación incondicionada de los pliegos que supone la presentación de la oferta, establecida por el artículo 145.1 TRLCSP, implica, por un lado, que dicha oferta no puede contradecir los pliegos ni poner matizaciones o salvedades a su contenido, con la consecuencia de la exclusión si lo hace, y por otro, que el licitador no puede alegar válidamente, una vez iniciada la licitación o negociación, las irregularidades de los pliegos que no impugnó en tiempo y forma, de modo que quede garantizado el papel de éstos como reguladores del procedimiento de adjudicación y del contenido del contrato que en su día se perfeccione y ejecute. Sin embargo, deducir que el precepto pretende poner un obstáculo para impugnar los pliegos aunque se esté en periodo hábil para ello es una conclusión excesiva, pues supone atribuirle una función



reguladora del procedimiento del recurso especial de la que carece, tanto por contenido como por ubicación sistemática. Consecuentemente, no es procedente la doctrina de los propios actos, ya que no hay contradicción alguna entre el recurso y la participación en el procedimiento; de una parte, no tiene sentido que se aplique dicha doctrina cuando se plantea el recurso después de la oferta y no cuando el orden de presentación de ambos es el inverso; siguiendo el argumento del Ayuntamiento, también podría declararse inconsistente con las actuaciones anteriores un recurso que impugne un pliego y que posteriormente se presente una oferta que supone el acatamiento del mismo pliego, lo que conduciría a una situación absurda en la que sería incompatible recurrir y licitar. Finalmente, el recurso especial no es sino la incorporación a nuestro Ordenamiento de la legislación comunitaria, uno de cuyos principios es la necesidad de que el sistema de recursos en materia contractual garantice medios de impugnación rápidos y eficaces (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01); este principio podría verse vulnerado si la admisión del recurso se condiciona a que no exista una oferta previa.»

c) La Central Sindical ELA (recurso EB 69/2016), considera que goza de legitimación pues tiene implantación y representación en el sector y, debido a ello, puede actuar en defensa de los derechos laborales de los trabajadores destinados a los puestos de trabajo que en las actuales empresas adjudicatarias del servicio se dedican a las actividades objeto del pliego de condiciones que se impugna, cuyo contenido entiende que perjudica a los trabajadores y vulnera el derecho a la negociación colectiva. Tal y como manifiesta el poder adjudicador en su informe de contestación al recurso, en pronunciamientos anteriores (Resolución 92/2014) este OARC / KEAO ha considerado que «Siendo claro que la Ley no limita la legitimación únicamente a los licitadores o a las empresas potencialmente interesadas en el contrato, la legitimación de los sindicatos para la interposición del recurso especial ha sido analizada por la doctrina de los tribunales y órganos de resolución de recursos contractuales siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que ha fijado cuatro premisas en esta materia: primera, que el interés legítimo debe entenderse como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada; segunda, que los sindicatos, por reconocimiento constitucional y en virtud de los Tratados Internacionales suscritos por España, tienen atribuida una función genérica de



representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores en general; tercera, que esa capacidad abstracta debe concretarse en cada caso mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión; y, cuarta, que dicho vínculo radica en la noción de interés profesional o económico (ver, por ejemplo, la Resolución 482/2014 del TACRC y las que en ella se citan, las sentencias 7/2001, 24/2001 y 84/2001 del Tribunal Constitucional, y la Resolución 46/2012 de este OARC / KEAO).»

Proyectada esta doctrina sobre los diversos recursos planteados por diversas centrales sindicales, este OARC / KEAO consideró en diversos pronunciamientos que estas organizaciones carecían de legitimación para impugnar la cláusula de revisión de precios del contrato (Resolución 92/2014), las cláusulas de subrogación en los contratos de los trabajadores adscritos a la prestación (Resolución 22/2015, Resolución 31/2015 y Resolución 135/2016), la insuficiencia del presupuesto de contrata para garantizar la aplicación del convenio (Resolución 136/2015) o el pliego en su totalidad, junto con la petición de que no se publique uno nuevo hasta que no se cierre el proceso de negociación colectiva en curso que podría conducir a que los trabajadores componentes de la plantilla susceptible de ser subrogada en virtud del posible cambio de adjudicatario se incluyeran en otro Convenio Colectivo distinto al mencionado en el Pliego (Resolución 77/2015 y Resolución 78/2015).

No obstante, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, en la que se estima en parte el recurso contencioso administrativo planteado por UGT contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO, se viene a señalar en su fundamento de derecho cuarto 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 y por esta razón se considera que ostenta interés legítimo en



promover la revisión de las cláusulas y pliegos contractuales que versan directa o indirectamente sobre las condiciones laborales y salariales de la plantilla.

La Central Sindical ELA en su recurso argumenta contra la información contenida en el pliego sobre el convenio colectivo de aplicación en Araba, contra el presupuesto de contrata del lote nº 4, porque no garantiza que a la plantilla a subrogar se le aplique el Convenio de ambulancias de Gipuzkoa, y contra la información sobre salario anual del personal que tiene derecho a ser subrogado; todas ellas cláusulas que, directa o indirectamente, versan sobre las condiciones laborales o salariales del personal a subrogar, razón por la que se estima que goza de legitimación para interponer el recurso especial.

TERCERO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los «Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.», siendo el valor estimado del contrato impugnado de 72.756.546,24 euros.

CUARTO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SÉPTIMO: Los argumentos de los recursos son, en síntesis, los siguientes:



.- Recurso EB 55/2016

a) Con el presupuesto de licitación no se puede atender a todos los costes de explotación directos, habida cuenta de que los gastos de personal son superiores al 80 por ciento del precio de licitación tras la aplicación del contenido del convenio colectivo de aplicación a la plantilla, a los que hay que sumar los gastos de adquisición de maquinaria (vehículos ambulancias, carrozado y equipamiento médico), gastos de combustibles, costes sobre los locales de descanso de trabajadores, locales de mantenimiento y custodia de vehículos, seguros, recursos administrativos y de prevención de riesgos laborales.

b) El presupuesto de licitación calculado por la administración contratante no ha tenido en cuenta las condiciones económicas y laborales de los trabajadores cooperativistas a subrogar que figuran en el listado publicado en el perfil del contratante, y que deben ser las del convenio colectivo de los trabajadores por cuenta ajena (Cláusula 8.6 del Convenio Colectivo y art.14 de la Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativistas de Euskadi).

c) El recurso incluye una tabla en la que figura, por cada uno de los lotes recurridos (3 y 4), el número de horas necesarias para cubrir el servicio/año, el número de horas de subrogación según el convenio, el coste de la subrogación teórico al aplicar el convenio sin absentismo y el porcentaje que éste representa sobre la facturación, del que se extraen las siguientes consecuencias: si se aplica el coste real de la mano de obra, ésta representa el 93% (lote 3) y el 118% (lote 4) del precio de licitación. Resulta matemáticamente probado que el precio de licitación es insuficiente si a estos porcentajes se les suma un 8% del precio de licitación en combustible, un 6% o 7% del precio de licitación en maquinaria, los gastos directos de explotación (telefonía, seguros de los vehículos, arrendamiento de locales y oficinas y su adecuación, servicios de logística, formación y uniformar los trabajadores, prevención de riesgos laborales, costes administrativos de personal), más los gastos indirectos y el beneficio industrial.



.- Recurso EB 67/2016

a) La Asociación de Ambulancias del País Vasco-Euskadiko Osasun Garraio Elkarte, ha remitido al órgano de contratación diversos escritos con el cálculo de costes de ejecución de la prestación, que son los siguientes:

- con fecha 11 de mayo de 2015, hojas de cálculo de costes.
- Con fecha 18 de junio de 2015, cálculo de costes de la ejecución de la prestación teniendo en cuenta los convenios provinciales de Gipuzkoa y Araba y los incrementos que se han producido como consecuencia de diversos pronunciamientos judiciales.
- Con fecha 20 de enero de 2016, estudio analítico de costes laborales para el 2016, según convenios vigentes, sentencias judiciales sobre dichos convenios, finalización de inaplicación de convenios y sentencia de Audiencia Nacional que establece la obligación del pago de pluses durante las vacaciones.
- Con fecha 18 de marzo de 2016, cálculo de los costes de lavado, limpieza y desinfección/descontaminación de la ropa de trabajo de los trabajadores que prestan el servicio objeto de la contratación.

b) Conforme a lo dispuesto en el art. 87.1 TRLCSP, es obligación del órgano de contratación velar por una correcta estimación del precio del contrato para que pueda ser cumplido. En este caso se deben incluir además de los costes del listado de trabajadores subrogables, las necesidades reales de contratación laboral para cubrir el servicio sanitario de urgencia 24 horas al día, todos los días del año, los costes operativos, que incluyen desde los vehículos a su transformación, su equipamiento electromédico, el arrendamiento de las bases y los costes de mantenimiento, conservación y reparación de vehículos, los elementos fungibles, los trabajos realizados por terceros por causa del contrato público, los gastos de obligaciones impuestas legalmente, las aplicaciones informáticas y su mantenimiento, comunicaciones, primas de seguros, gastos de gestión y oficina, ropa de trabajo, su limpieza y desinfección, reciclaje, autopistas, etc.



c) En lo concerniente a los costes salariales, si bien aún no existe convenio colectivo sectorial, el órgano de contratación tiene conocimiento de dicha negociación y será de aplicación de forma retroactiva al momento de su firma a la prestación objeto del contrato y esta circunstancia ha de ser tenida en cuenta a tenor de lo dispuesto en el art. 88.5.a) TRLCSP.

d) El presupuesto de contrata ha sido elaborado con una estimación incompleta e incorrecta de costes, o incluso sin estimación, pues únicamente ha tenido en cuenta los datos correspondientes al año 2015, que no constituyen precios actuales y se acompaña estudio sobre los costes del Lote 1, realizado por perito externo a la recurrente, del que se deriva la insuficiencia del presupuesto de dicho lote.

e) La pretensión consiste en “anular dichos apartados 3 y 4.1 de la Carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares y el Anexo VI del mismo Pliego, y determinar el presupuesto en la cuantía mensual de : Lote 1, 701.373,32 € mensuales; Lote 2, 608.469,80 € mensuales; Lote 3, 571.0388,08 € mensuales; Lote 4, 492.347,63 € mensuales; o, subsidiariamente, anular dichos apartados 3 y 4.1 y Anexo VI y acordar determinar el presupuesto en la cuantía mensual para el Lote 1: 575.571,36 € mensuales, con cuantías según petición principal para los lotes 2 a 4.”

.- Recurso EB 69/2016

a) La obligación legal establecida en el art. 120 del TRLCSP de proporcionar información laboral en el pliego para el pleno conocimiento del coste económico del contrato por parte de las licitadoras no se cumple en el Pliego recurrido pues el convenio de aplicación es el estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia más pluses (BOE 24-08-2012) y omite la información de que en Araba en este momento es de aplicación el Convenio Colectivo de la empresa SAMU-ARABA 2008-2012, de conformidad con la sentencia de lo social TSJPV de 11 de noviembre de 2014, que ha devenido firme por haber inadmitido el TS el recurso de casación interpuesto por la



empresa SAMU, S.L. por Auto de 20 de octubre de 2015. Esta omisión también afecta a la negociación colectiva.

b) Las cantidades presupuestadas en algunos lotes, como el nº 4 de Gipuzkoa, no garantizan que a la plantilla a subrogar se le aplique el Convenio de Ambulancias de Gipuzkoa, pues, de ser así, la cantidad presupuestada debería ser destinada casi en su integridad al abono de salarios.

c) Una buena parte de los trabajadores relacionados con derecho a ser subrogados no tienen correctamente reflejado su salario anual. Así, en lo concerniente a Gipuzkoa, el personal de Ambuibérica no tiene correctamente indicado el salario anual.

d) No puede contrastarse la inclusión de todos los trabajadores con derecho a subrogación, dado que no se señalan ni sus nombres, que puede estar justificado desde la perspectiva de la protección de datos, pero tampoco su DNI, que podría garantizar la identificación.

e) Los datos sobre las condiciones de trabajo pendientes de declararse por sentencia no se incluyen. A modo de ejemplo, en la Base de Mungia sólo aparecen dos trabajadores, cuando en realidad son seis los que se encuentran en dicha situación.

f) La pretensión consiste en la revocación de los pliegos de condiciones y la publicación de uno nuevo que incluya correctamente cada uno de los extremos manifestados en el recurso.

OCTAVO: El poder adjudicador en su informe se opone al recurso con los siguientes argumentos:



.- Alegaciones comunes al EB 55/2016 y 67/2016

a) No especifican qué convenio han tenido en cuenta para llegar a la conclusión de que el presupuesto de contrata de los lotes 3 y 4 no es correcto.

b) Pretende que se apliquen, por un lado, los precios de un convenio que no está en vigor (Convenio sectorial Autonómico de la CAPV) y, por otro lado, las posibles repercusiones económicas de sentencias que aún no se han dado y que se desconoce en qué sentido se resolverán. Estos “posibles costes”, si se dan, son propiamente el riesgo y ventura del empresario en cualquier contrato administrativo.

c) El presupuesto de contrata se ha calculado tomando en consideración, además de otros conceptos, el precio de adjudicación del contrato anterior del servicio, el cual se ha ejecutado en términos razonables, y se ha incrementado en un 28 %. Las recurrentes, junto con el resto de adjudicatarias, ofertaron hace tan solo 3 años un precio para este mismo servicio inferior en casi un 30 % al actual

d) Han presentado oferta 8 licitadores y en todos los lotes hay más de un licitador interesado por lo que la concurrencia está garantizada. Además, alguna de ellas son las actuales prestatarias del servicio, que son las que mejor conocen los gastos del servicio y pueden cuantificar si el presupuesto cubre los gastos.

e) La determinación del importe de licitación se ha efectuado de la siguiente manera:

- Coste salarial: (i) se han tomado como base el Convenio colectivo de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Bizkaia y el Convenio colectivo de transporte sanitario de enfermos y accidentados en ambulancia de Gipuzkoa 2008-2013. Como Álava carece de convenio colectivo de su ámbito territorial, dependiendo de la base se ha aplicado el Convenio colectivo de



Bizkaia o de Gipuzkoa, (ii) número de trabajadores por base de 24 horas obtenido de dividir el número de horas de servicio entre la jornada anual de cada convenio (5,07 en Bizkaia y 5,06 Gipuzkoa) (iii) absentismo del 2,39 % de las empresas del sector de transporte sanitario (iv) 8,3% media ponderada de la antigüedad de la plantilla presentada por los adjudicatarios actuales para la subrogación (v) 31,65% de cuota de la empresa a la Seguridad Social (vii) salarios y pluses.

- Costes de explotación.
- Beneficio empresarial: 2,75 % sobre los gastos de explotación y los gastos de personal.

.- Recurso EB 55/2016

a) En relación con la problemática planteada sobre la subrogación de trabajadores cooperativistas, se manifiesta que el 19 de mayo de 2016 se ha publicado en el BOPV nº 94, el anuncio de transformación de la Sociedad Cooperativa Larrialdiak, S. Coop. en sociedad de responsabilidad limitada, siendo ésta junto con la empresa MAIZ licitadoras a los lotes 1 y 2.

b) En el recurso consta una tabla indicativa del gasto real pero no cita la fuente de los datos de dicha tabla y no es posible determinar qué importes y conceptos conforman las cifras finales. No obstante, en el Lote 3, se incluye de forma incorrecta un trabajador más (en Donostialdea el personal de enfermería lo aporta Osakidetza) y la cuota de la seguridad social utilizada es la del 33 %

c) LRK EMERGENTZIAK solicita la suspensión del procedimiento siendo empresas de su grupo las actuales adjudicatarias de algunos lotes del contrato anterior en los que se paga un precio menor por el servicio, lo cual resulta contradictorio si se está perdiendo dinero en la prestación del servicio.

d) Se citan algunos gastos de explotación como un porcentaje de los salarios, cuando son costes que no dependen de lo que la empresa pague a sus trabajadores (P. ej.: coste de combustible o de las ambulancias),



.- Recurso EB 67/2016

a) En sus cálculos incluyen una antigüedad media que no se corresponde con la media de la plantilla a subrogar, la tasa de absentismo es superior a la remitida por el Servicio de Inspección para el año 2015, el número de equipos necesarios en cada ambulancia/base (5,65) es superior al calculado aritméticamente por la Administración (5,06 o 5,07, según sea Convenio de Bizkaia o de Gipuzkoa) y el salario utilizado para el cálculo es el que figura en una de las propuestas del nuevo convenio colectivo autonómico, que no es firme.

b) No se detallan los conceptos y los importes que forman los gastos de explotación, simplemente los cifra en un 20 % del gasto total definido como la suma del gasto de personal y del gasto de explotación.

c) El informe aportado por las recurrentes está firmado por una persona que no es independiente de las empresas recurrentes pues es el apoderado de Servicio Asistido Urgente, S.L., Transporte Sanitario Bizkaia, S.L. y de Marvel Gestión Patrimonial, S.L. cuyo administrador único es quien interpone el recurso. Además de no soportar el informe con documentos no se respalda en los informes de auditoría y cuentas que la empresa tiene la obligación de registrar y las facturas que aporta son del año 2013 y 2014, excepto la de desinfección de la ropa.

d) Se relacionan diversas anomalías en relación con los gastos de cada base de Álava (Lote 1).

.- Recurso EB 69/2016

a) La información que figura en los pliegos sobre la subrogación de personal es meramente informativa, no forma parte de los documentos contractuales y es la aportada por la titular de las relaciones laborales, es decir, la empresa actualmente prestadora del servicio.



b) El cálculo de los costes de personal se ha realizado aplicando el convenio correspondiente y la recurrente no demuestra la insuficiencia del presupuesto pues no aporta prueba ni cálculo alguno.

c) Respecto a la identificación de los trabajadores a subrogar, no cabe expresar sus nombres y apellidos o DNI pues se contravendría la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

NOVENO: EMERBASK efectúa las siguientes alegaciones con relación al recurso de la Central Sindical ELA (EB 69/2016):

a) Es falso que en este momento se esté aplicando el convenio colectivo de la empresa SAMU 2008-2012 pues se está aplicando el convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia más pluses. El efecto jurídico del procedimiento de conflicto colectivo nº 628/2013, resuelto por sentencia del TSJPV de 11 de noviembre de 2014, se limita a los meses de noviembre y diciembre de 2013 puesto que, entre julio y octubre de 2013, se pactó por ambas partes la prórroga del convenio colectivo de la empresa SAMU-Araba 2008-2012, de eficacia limitada. Lo resuelto en esta sentencia no puede tener efectos más allá del 31 de diciembre de 2013 pues SAMU Araba tomó otra medida diferente de modificación de condiciones de trabajo el 30 de diciembre de 2013 con efectos a partir de 1 de enero de 2014 que se halla, asimismo, impugnada, no habiendo recaído aún sentencia firme. Consecuentemente, el pliego no puede ser anulable por esta circunstancia pues, mientras no exista una sentencia firme, resulta de aplicación el convenio que estableció la medida de la empresa el 30 de diciembre de 2013: el convenio estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia.

b) Constituye una vulneración al derecho a la negociación colectiva y del derecho fundamental a la libertad sindical que el presupuesto de una licitación no permita cubrir los salarios brutos de los trabajadores que prestan el servicio y con derecho a ser subrogados en el mismo. Porque desde las propias



instituciones públicas se impide, con un contrato público que es ley en el servicio prestado, el cumplimiento de lo acordado en la negociación colectiva.

c) Los salarios que constan en la relación de trabajadores a subrogar son manifiestamente incorrectos pues los de los cooperativistas deben atender a lo establecido en el convenio de aplicación.

d) La información sobre condiciones de trabajo de trabajadores subrogables que figura en el contrato lo es a una determinada fecha, por lo que no pueden figurar demandas que son interpuestas con posterioridad. No obstante, el órgano de contratación únicamente demanda los datos del personal con derecho a subrogación y el salario que devengan. La falta de información sobre personal que no se subroga pero es necesario para la correcta prestación del servicio sí constituye un elemento de desinformación que vicia los pliegos.

e) Existe numerosa doctrina jurisprudencial que establece claramente que la subrogación de los trabajadores no depende de los pliegos de condiciones sino de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación.

DÉCIMO: Expuestas las posiciones de las partes, y analizados los aspectos procesales de los recursos, procede el examen de las cuestiones de fondo planteadas, comenzando, por razones expositivas, con las referidas a la veracidad de la información que deben facilitar los pliegos sobre la subrogación de trabajadores.

Antes de entrar a analizar las cuestiones planteadas sobre esta cuestión en los diferentes recursos especiales, procede señalar que la información que todos ellos consideran incompleta o no veraz se refiere a la que figura en un listado publicado en el perfil del contratante el 23 de mayo de 2016, bajo la rúbrica: «NOTA GENERAL: La información siguiente ha sido aportada en el mes de febrero de 2016 por los actuales prestadores del servicio, que son los responsables de su veracidad y exactitud», por remisión del punto 9 de la carátula del PCAP que señala lo siguiente: «En el perfil del contratante figura el documento “Datos de



contratos de trabajo”, en el que se incluyen los datos relativos a las condiciones laborales de las personas trabajadoras que están ejecutando el servicio y que ha/n aportado el/los empleador/es que en la actualidad presta/n el servicio. Este documento, que no tiene naturaleza contractual, se proporciona exclusivamente al efecto de cumplir la obligación que dispone el art. 120 TRLCSP.»

Sobre el alcance y contenido del art. 120 del TRLCSP este OARC/KEAO ha manifestado en su Resolución 44/2014 lo siguiente:

«Por lo que se refiere a las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento del artículo 120 TRLCSP, debe recordarse que, en relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado (Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto. No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP.»

Proyectada esta doctrina a las pretensiones que figuran en los recursos formulados por los recurrentes, este OARC/KEAO considera que:



a) Las alegaciones efectuadas por la Central Sindical ELA, deben ser analizadas desde la perspectiva que manifiesta el TSJPV en su sentencia nº 448/2015, al concluir 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.» De esta forma, se observa que:

- La información que figura en el listado de personal a subrogar, cuya finalidad es la de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 120 TRLCSP, no es fuente para regular los elementos de la relación laboral y habida cuenta, además, de que la administración contratante no es un sujeto que participe en la misma, en ningún caso dicha información puede afectar a la negociación colectiva.
- La garantía del pago de los salarios a los trabajadores no depende del señalamiento de un determinado presupuesto del contrato sino del correcto cumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones laborales (Resolución OARC/KEAO 136/2015).
- No procede acceder a la solicitud de que se identifique la información de los trabajadores por su número de DNI, pues al margen de ser éste un dato de carácter personal conforme a lo señalado en el art.5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la información que



figura en el listado de personal a subrogar lo es para dar información a los licitadores sobre los costes laborales para preparar su oferta, por lo que dicha información en nada afecta a la fijación del salario de los trabajadores o a su pago. Al no beneficiar o perjudicar esta información a los trabajadores cuyos intereses defiende la central sindical recurrente, esta alegación debe ser desestimada.

- Algo similar ocurre con su pretensión de que se corrijan los salarios anuales de los trabajadores que obran en dicho listado pues, además de ser genérica y no individualizar a qué bases y categorías profesionales se refiere y no especificar cuál es el salario anual que a su juicio es el correcto, dicha información únicamente es relevante para el licitador que prepara su oferta, no para los trabajadores que figuran en dicho listado, los cuales tendrán derecho a las retribuciones que legal y convencionalmente les corresponden, con independencia de lo señalado en los pliegos de la licitación.

- Tampoco procede entrar a examinar si el convenio colectivo que debe figurar en el listado de trabajadores de Álava debe ser el Convenio Colectivo de la empresa SAMU-ARABA 2008-2012 pues como reiteradamente ha señalado este OARC/KEAO (Resolución 135/2015) la eventual infracción del artículo 120 del TRLCSP afectaría a quienes necesitan de la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo para efectuar una oferta económica con conocimiento de todos los costes que inciden en la correcta prestación del servicio, pero no afecta a la esfera jurídica de los trabajadores.

- La estimación del recurso de la Central Sindical ELA por cualquiera de los motivos anteriormente contestados no desprendería ningún “*efecto jurídico*” real sobre los derechos de los trabajadores que representa pues no hay relación entre el acto recurrido y su esfera jurídica, razón por la que el recurso de la Central Sindical ELA debe ser desestimado.

b) No se alcanza a comprender la pretensión de LARRIALDIAK en relación con las manifestaciones que efectúa sobre los trabajadores miembros de cooperativas pues, además de ser una manifestación genérica, no queda claro



si el reproche se refiere a si en el listado de trabajadores a subrogar figuran socios de la cooperativa o trabajadores por cuenta de la misma, ni si lo que impugna es la referencia al convenio colectivo que se indica que se aplica a dicho colectivo (no definido) de trabajadores o los salarios brutos consignados en el listado. En consecuencia, este argumento debe ser desestimado por falta de concreción.

c) La pretensión de EMERBASK de que en los costes salariales sean tomados en cuenta los incrementos salariales que se están negociando en el nuevo convenio colectivo ha de ser desestimada pues, tal y como ha manifestado este OARC/KEAO en pronunciamientos anteriores (Resolución OARC/KEAO 45/2016), los convenios colectivos no vinculan al poder adjudicador en la preparación del presupuesto del contrato, aunque pueden servir, junto con otros factores, en la determinación del precio adecuado al mercado. Si un convenio colectivo en vigor no vincula al poder adjudicador en el momento de la fijación del presupuesto del contrato, mucho menos podrá hacerlo un convenio que, según reconoce el propio recurrente, está aún en fase de negociación, siendo incierto su contenido final. Precisamente esta incertidumbre es la propia del riesgo y ventura que afecta a todos los contratos administrativos (artículo 215 TRLCSP).

d) En el listado en el que figura la relación de los trabajadores que prestan sus servicios en los diversos lotes en los que se divide el contrato, figura información sobre la base (municipio), jornada, categoría profesional, antigüedad, salario anual, seguridad social, nº de horas anuales, el convenio aplicable y en una columna identificada como “observaciones” información sobre si el trabajador está en situación de ILT o similares y todo ello con la advertencia expresa de que “La información siguiente ha sido aportada en el mes de febrero de 2016 por los actuales prestadores del servicio”. Teniendo en cuenta que el anuncio de licitación del contrato se publicó en el BOPV de fecha 19 de abril de 2016 y el tiempo que se requiere para proceder a informar y aprobar los pliegos de un contrato, resulta razonable el tiempo que media entre la información que es facilitada por las actuales prestatarias del contrato sobre



las condiciones de subrogación de las condiciones de trabajo y su publicación, considerándose excesiva la pretensión de que se informe sobre procedimientos judiciales sobre los que aún no ha recaído sentencia.

UNDÉCIMO: Hay un motivo impugnatorio que es común a los tres recursos y es el de la incorrecta estimación del precio del contrato por considerar que es insuficiente para atender a los diversos costes derivados de la ejecución del contrato. En suma, en los tres recursos, con diversas variaciones en su argumentación, se alega incumplimiento del artículo 87.1 del TRLCSP, que exige que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado.

En su Resolución 64/2013, este OARC / KEAO se pronunció sobre el alcance y sentido de esta exigencia señalando que «el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.» Asimismo, se añadía que «(...) es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta» y que ello no contradecía el principio de adecuación al mercado porque «(...) la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar (...)». Finalmente, se establecía que «una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y



dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración.» En análogo sentido, la Resolución 764/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que resume su doctrina sobre la materia, recuerda que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el precio contractual, que en «el control del gasto debe presidir la interpretación del art. 1 TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como “suelo” sino como “techo”» y que «solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente» (en sentido similar se expresan la Resolución 81/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y el Acuerdo 222/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Partiendo de estos criterios, debe comprobarse si se ha acreditado o no que la fijación del precio es, en los términos expuestos, incorrecta, análisis que debe partir de los siguientes hechos:

- a) Consta en el expediente que a los diversos lotes en los que se divide el objeto del contrato se ha presentado el siguiente número de ofertas: al lote nº 1 un total de cinco ofertas, al lote nº 2, un total de cuatro ofertas, al lote nº 3 un total de tres ofertas y al lote nº 4 un total de tres ofertas.
- b) Se ha acreditado en el informe del órgano de contratación que el presupuesto de contrata de los lotes impugnado es un 28% más elevado que el precio de adjudicación del contrato anterior, el cual se afirma que se ha ejecutado en términos razonables.

Con los hechos expuestos se pueden extraer las siguientes consecuencias:

- a) La concurrencia se halla garantizada por el número de ofertas recibidas para cada uno de los lotes en los que se divide el objeto del contrato.



b) El servicio objeto del contrato que nos ocupa se ha ejecutado hasta la fecha en términos razonables por un precio de adjudicación sensiblemente inferior al ahora presupuestado, de lo que se deduce que el contrato puede ser viable a los precios presupuestados.

c) Tanto LARRIALDIAK como EMERBASK pretenden que el presupuesto del contrato cubra todos y cada uno de los posibles costes en los que pueda incurrir durante la ejecución del contrato de tal manera que se suprima todo riesgo al que está expuesto su desarrollo. A este respecto, este OARC/KEAO ya ha manifestado en su Resolución 104/2015, que no cabe confundir la onerosidad propia del contrato del sector público (prestaciones a cambio de un precio) con el lucro (existencia de beneficio) pues no es cierto que el precio general de mercado deba garantizar beneficios o inexistencia de pérdidas a la empresa, debido a que ello depende de otros factores, como los resultados de su política comercial o sus costes de producción, y en todo caso el contrato administrativo se adjudica a riesgo y ventura del contratista, de modo que no cabe que el poder adjudicador le garantice rentabilidad alguna. Por esta razón deben ser desestimadas las argumentaciones que figuran en estos dos recursos tendentes a justificar que los costes de los diversos lotes del contrato no pueden ser cubiertos con los presupuestos establecidos; argumentación muy genérica en el caso de LARRIALDIAK, que lo fundamenta en un cuadro con expresión de cantidades globales junto con un cálculo de costes de explotación referido a porcentajes sobre el precio de licitación sin que se especifique la metodología del cálculo de dichas cantidades y porcentajes, y más exhaustivo en el caso de EMERBASK pero que responden únicamente a estimaciones de la empresa y, por lo tanto, interesadas. El informe pericial presentado por esta última a los efectos de acreditar la insuficiencia del presupuesto fijado para el lote 1 no puede ser tomado en consideración por dos razones; la primera, que las cantidades señaladas en el informe no se hallan soportadas por los documentos que, según afirma, son su fuente (la contabilidad de las empresas que conforman la UTE) y, en segundo lugar y más importante, es que se trataría de los costes del adjudicatario del servicio en el contrato anterior, los cuales dependen de la estructura y organización de



la UTE adjudicataria y de su mejor o peor gestión del servicio objeto del contrato.

d) Los argumentos que figuran en los recursos que sustentan la afirmación de que el precio del contrato es insuficiente por entender que los costes laborales del personal a subrogar representan un porcentaje muy elevado del mismo o incluso lo superan, no pueden prosperar pues han sido convenientemente rebatidos por el poder adjudicador en su informe al especificar la metodología del cálculo del presupuesto del contrato y al señalar las incoherencias en las que incurren en sus estimaciones de costes tanto EMERBASK (antigüedad de la plantilla a subrogar superior a la media, tasa de absentismo superior a la del año 2015 remitida por el Servicio de Inspección, número de equipos en cada ambulancia/base superior al calculado por la Administración y muy superior al número real contratado por la propia empresa y gastos de explotación cifrados en un 20%, sin detallar) como LARRIALDIAK (algunos gastos de explotación, como el coste de combustible o ambulancias los expresa como un porcentaje de los salarios). Ninguno de los dos recursos llega a acreditar que el presupuesto fijado no atienda al precio general del mercado.

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: Desestimar los recursos especiales interpuestos por la empresa LARRIALDIAK EMERGENTZIAK, S. COOP., la UTE EMERBASK y la Central Sindical ELA contra el anuncio y pliegos de diversos lotes del contrato “servicio



de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente de la Comunidad Autónoma de Euskadi”

SEGUNDO: Levantar la suspensión acordada por Resolución B-BN 009/2016, de 16 de mayo de 2016, este órgano resolutorio acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko ekainaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de junio de 2016