



EB 2019/051

Resolución 093/2019, de 16 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Confederación Sindical ELA contra los pliegos del contrato “Servicio de vigilancia, salvamiento y asistencia en las playas e isla de baño asistido para personas con discapacidad en la playa de la concha de San Sebastián”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de marzo de 2019 se 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 interpuesto por la Confederación Sindical ELA (en adelante, ELA) contra los pliegos del contrato “Servicio de vigilancia, salvamiento y asistencia en las playas e isla de baño asistido para personas con discapacidad en la playa de la concha de San Sebastián”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

SEGUNDO: Con fecha 20 de marzo 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 los días 21 (copia del expediente de contratación) y 26 de marzo (informe del poder adjudicador).





TERCERO: No constan más interesados que el recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

a) Sobre la legitimación del sindicato 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, en síntesis, que el acuerdo de fin de huelga se incorpore a los pliegos de la licitación como una condición de ejecución del contrato y no como un criterio de adjudicación y que se corrijan las contradicciones y omisiones en los pliegos respecto a la subrogación de los trabajadores de la actual empresa adjudicataria. No cabe duda de que se trata de una materia vinculada con las finalidades institucionales del sindicato recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados (especialmente, con el cumplimiento real de las condiciones de la subrogación).

Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación del sindicato ELA para la interposición del recurso.



b) Sobre la representación

Consta en el expediente la representación de Dña. I.E.E., que actúa en nombre de ELA. Alega el poder adjudicador que falta la acreditación del acuerdo expreso de entablar la acción de acuerdo con las normas o estatutos del sindicato. En definitiva, se alega que se ha omitido la adopción, por medio del órgano competente, de un acuerdo o decisión específica ordenando la interposición del recurso especial en materia de contratación contra los pliegos impugnados, como exige el artículo 45.2 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para interponer el recurso contencioso administrativo.

En su Resolución 051/2016 el OARC/KEAO concluyó que la presentación del referido documento no es preceptiva para la interposición del recurso especial. La argumentación contenida en esta resolución, si bien referida al derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta plenamente aplicable con la LCSP. En particular:

- El artículo 51.1 a) de la LCSP, que establece los documentos que deben acompañar al recurso, en su letra a), que tiene igual redacción que el derogado artículo 44.4. a) del TRLCSP, únicamente exige que se presente el documento que acredite la representación del compareciente.
- El artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto y no menciona la obligación de presentar documento adicional alguno.
- Conforme al artículo 56.1 de la LCSP el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las



disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA,) la cual, al igual que la derogada Ley 30/1992, tampoco exige este requisito para la presentación de los recursos administrativos (artículos 115 y 116).

Consecuentemente, no figurando de forma expresa ni en la LCSP ni en la LPA la presentación del acuerdo o decisión específica del órgano competente ordenando la interposición del recurso especial, no resulta preceptiva su solicitud ni se puede basar la inadmisión del recurso en su omisión. Téngase en cuenta que la garantía del “efecto útil” del recurso especial impide exigir mayores requisitos procesales para su ejercicio que los exigidos en las normas que lo regulan, y que, como recurso administrativo que es, se caracteriza por su antiformalismo.

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 en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables 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

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián 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 que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) En el acuerdo de fin de huelga que tiene vigencia desde el 1 de junio de 2019 hasta el 31 de octubre de 2022 se establece que los trabajadores mantendrán las condiciones laborales recogidas en el convenio colectivo de la Cruz Roja de Gipuzkoa vigente (publicado en el BOG el 11 de julio de 2016), junto con las mejoras que se incorporan, así como la obligación de subrogación de los trabajadores. El acuerdo de fin de huelga, conforme al artículo 8.2 del Real Decreto 17/1977 de 4 de marzo, tiene la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo. No obstante, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) establece las Condiciones salariales de los trabajadores como criterio de adjudicación y no como una condición de ejecución del contrato por lo que cabe su adjudicación a una empresa que no cumpla con lo acordado en tal documento.
- b) Los pliegos resultan contradictorios en cuanto a la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente. El apartado 25 del PCAP establece que no habrá subrogación y, sin embargo, la cláusula 38.2.2 se señala que en la Addenda V del cuadro de características se facilita la información sobre las condiciones de los contratos del personal a los que afecta la subrogación, sin que dicho listado figure. Por último, el estudio económico, al que se adjunta el acuerdo de fin de huelga, dice expresamente que la subrogación es obligatoria.
- c) Finalmente, solicita que se anulen los pliegos y se ordene la publicación de unos nuevos que garanticen la ejecución del servicio sin que ello suponga menoscabo de las condiciones laborales.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso sobre la base de las siguientes alegaciones:

- a) El acuerdo de fin de huelga alcanzado el 30 de diciembre de 2018 entre la Cruz Roja y los trabajadores adscritos al servicio de vigilancia en playas tiene la eficacia de “convenio de empresa”, careciendo de eficacia general.
- b) No existiendo obligación legal ni convencional no cabe establecer la subrogación “ex novo” a través del pliego, por lo que no sería posible establecer una condición especial de ejecución en estos términos. Sin embargo, el Ayuntamiento considera esencial la calidad del servicio por lo que ha establecido como criterio de adjudicación el de Condiciones salariales de los trabajadores adscritos a la ejecución del servicio, pues el artículo 14.6 de la LCSP permite establecer como criterio de adjudicación el fomento de las condiciones laborales y salariales.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El sindicato recurrente solicita que el acuerdo de fin de huelga se incorpore a los pliegos de la licitación como una condición de ejecución del contrato y no como un criterio de adjudicación y que se corrijan las contradicciones y omisiones en los pliegos respecto a la subrogación de los trabajadores de la actual empresa adjudicataria. El análisis de estas cuestiones debe partir de las cláusulas del PCAP relacionadas con las mismas.

1) Cuadro de características del PCAP

19.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

19.2.- CRITERIOS A VALORAR MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS (SOBRE 3)



B) Condiciones salariales de los trabajadores adscritos a la ejecución del servicio (hasta 40 puntos).

Mediante este criterio se valorará la política salarial que la empresa se comprometa a tener respecto a los **socorristas** que ejecuten el contrato y durante todo su periodo de ejecución.

Se otorgarán 40 puntos a quien oferte la aplicación a todos los socorristas el **salario anual** del "Acuerdo sobre fin de huelga" adoptado entre ELA y Cruz Roja el 30 de octubre de 2018. Es decir: como mínimo 16.794,72 €/año. Para obtener los 40 puntos, las condiciones salariales indicadas deberán aplicarse **durante toda la ejecución** del contrato.

Se otorgarán 0 puntos a quien oferte la aplicación a todos los socorristas el **salario anual** cobrado en 2018, o un salario anual inferior. Es decir: igual o inferior a 14.400 €/año.

En el caso de que el salario anual ofertado se encuentre situado entre la máxima y la mínima arriba mencionadas, se valorará proporcionalmente mediante interpolación lineal directa.

Para la valoración de este criterio, las licitadoras deberán ofertar el salario anual de un socorrista de primer año; no obstante, se entenderá que lo ofertado para el socorrista se aplicará en la misma proporción a las demás categorías que presten el servicio.

25.- SUBROGACIÓN EN DETERMINADAS RELACIONES LABORALES

SI: NO: X

2) Disposiciones generales del PCAP.

38.2.2. Condiciones en los supuestos de subrogación

1.- En aplicación de la obligación de informar prevista en el artículo 130 de la LCSP, en el Addenda V del cuadro de características se facilita la información sobre las condiciones de los contratos del personal a los que afecta la subrogación, con el objeto de permitir a las empresas licitadoras una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que incurrirán de resultar adjudicatarias del contrato.

Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre estas cuestiones son las siguientes:

a) Sobre la inclusión en el PCAP de lo pactado en el acuerdo de fin de huelga



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».

En el supuesto analizado no procede acceder a la pretensión de que se incorporen los acuerdos del acta de fin de huelga como condición especial de ejecución. El artículo 8.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo dispone que el pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo. En el supuesto que nos ocupa, el identificado por las partes es el convenio colectivo de la empresa Cruz Roja en Gipuzkoa (código 20100101012013, publicado en el B.O.G. de 11 de julio de 2016). Consecuentemente, el acuerdo de fin de huelga tendrá la misma eficacia que dicho convenio, circunscrita exclusivamente a la empresa Cruz Roja en Gipuzkoa, por lo que sus estipulaciones no serán exigibles fuera de dicho ámbito funcional y territorial. El propio acuerdo sobre fin de huelga de 30 de octubre de 2018 reconoce que su eficacia se halla limitada a la empresa Cruz Roja en Gipuzkoa y, únicamente, mientras preste los servicios de vigilancia, salvamento, socorrismo y atención médica en playas y lugares afectados, al manifestar en su apartado tercero lo siguiente:

3.-Ninguno de los puntos del presente acuerdo será exigible a Cruz Roja si la misma no presta los servicios de vigilancia, salvamento, socorrismo y atención médica en playas y lugares afectados por el mismo durante el período de su vigencia.



Por el contrario, si la Cruz Roja presta los servicios de vigilancia, salvamento, socorrismo y atención médica en las playas y lugares afectados por el presente acuerdo de fin de huelga durante el período de vigencia del acuerdo o parte del mismo, les será de aplicación el mismo.

El acuerdo de fin de huelga ha sido publicado por el poder adjudicador como documento anexo al estudio económico del contrato en el que figura la información desglosada sobre los costes del contrato. La finalidad de esta información es la de procurar el cumplimiento del mandato de que el precio del contrato se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP) y no regula o influye de ningún modo en los derechos salariales o de cualquier otro tipo de los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación contractual, los cuales se derivan de las normas, convenios colectivos o contratos de trabajo aplicables, cuyo contenido no es materia del recurso especial y no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano.

Consecuentemente, este convenio y el acuerdo de fin de huelga no despliega efectos jurídicos frente a terceros y su eficacia personal se limita a quienes lo suscribieron, sus representados y los trabajadores que se adhieran libremente a dichos pactos.

b) Sobre la subrogación

La información sobre personal a subrogar 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 la inexactitud de la información facilitada (ver la Resolución 169/2018 del OARC / KEAO). Como bien alega el poder adjudicador, el PCAP impugnado informa claramente de que no hay obligación de subrogación y la aparente contradicción denunciada por el recurrente no es tal, ya que la cláusula 38.2.2 de las disposiciones generales del PCAP únicamente se aplica si en el apartado 17 del cuadro de características se indica que hay subrogación, y en este contrato claramente se indica que no la hay. Además, la subrogación de



trabajadores resultará, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral o en los convenios colectivos y, en el supuesto que nos ocupa, el convenio colectivo alegado por el sindicato recurrente carece de eficacia general y únicamente afecta a la empresa Cruz Roja en Gipuzkoa, por lo que no vincula al resto de empresas licitadoras.

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 la Confederación Sindical ELA contra los pliegos del contrato “Servicio de vigilancia, salvamento y asistencia en las playas e isla de baño asistido para personas con discapacidad en la playa de la concha de San Sebastián”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

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

TERCERO: 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 maiatzaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de mayo de 2019