



EB 2021/160

Resolución 187/2021, de 2 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO frente a los pliegos del contrato de “Servicio de realización del programa de educación, formación y sensibilización en materia de consumo”, tramitado por Kontsumobide.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de agosto de 2021 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO frente a los pliegos del contrato de “Servicio de realización del programa de educación, formación y sensibilización en materia de consumo”, tramitado por Kontsumobide.

SEGUNDO: El mismo día 20 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 24 de agosto.





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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de E.P.H., que actúa en nombre de la recurrente.

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

En el caso analizado, el recurrente pretende la anulación de los pliegos impugnados. En el escrito de recurso se alega, en resumen y sin perjuicio del detalle con el que luego se expondrá su contenido, que los datos de la relación de personal subrogable que constan en los pliegos son incompletos e inexactos, que no se menciona el convenio colectivo aplicable al personal que vaya a prestar el servicio, que no se contempla la participación sindical prevista en el artículo 157.5 de la LCSP, y que no se incluye cláusula social alguna como obligación del contratista. A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que



los motivos de recurso se corresponden con las finalidades institucionales de la recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados o representados. Consecuentemente, debe aceptarse la legitimación de CCOO para la interposición de este motivo de recurso.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, KONTSUMOBIDE tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:



a) CCOO considera que en el Anexo I-2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativo a los datos sobre las condiciones de los contratos de trabajo, no se ha incluido a todo el personal subrogable en el lote 2, dejando fuera al personal subrogable de Bizkaia, ni otra información relevante, como la jornada o el tipo de contrato laboral. Asimismo, se señala que el convenio de aplicación es el correspondiente al Territorio Histórico de Álava (que es el que tiene las peores condiciones económicas) lo cual es incorrecto, pues cada Territorio Histórico de la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene su propio convenio de aplicación.

b) El Pliego de Bases Técnicas (PBT) no incluye cláusula social alguna como obligación del contratista.

c) No se incluye en los pliegos la posibilidad de solicitar un informe a las organizaciones sindicales para la verificación de las consideraciones sociales de las proposiciones de los licitadores (artículo 157.5 de la LCSP).

d) Se alega que no se indica el convenio sectorial de aplicación aplicable al contrato, como indica el artículo 122.2 de la LCSP.

e) Finalmente, se solicita la “nulidad o anulabilidad” de los siguientes “actos recurridos”:

- Carátula del PCAP, en cuanto “excluye la inclusión” de circunstancias del contrato y establece como convenio aplicable el de Álava a todos los trabajadores subrogables, aunque el servicio se preste en Bizkaia o Gipuzkoa.
- Los puntos 10 y Anexo I-2 y Punto 12.2.2.2 del 12.2.2 (página 10 de las Cláusulas específicas del contrato).
- Pliego de Bases Técnicas.



- Cualquier otro acto, disposición o acuerdo, “previo o posterior al anterior” adoptado por el órgano de contratación, que impida u obstaculice la aplicación de la LCSP en materia de subrogación del personal que actualmente presta el servicio y la aplicación del convenio colectivo sectorial del territorio.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) Como consecuencia de la situación generada por la crisis del Covid-19 se produjo una revisión de los dos programas de formación que Kontsumobide ofrecía, de tal forma que uno de ellos (información itinerante en centros escolares y en centros de mayores) fue suspendido. Este programa se realizó por última vez en el curso escolar 2019/2020, finalizando el 31 de agosto de 2020 el contrato suscrito al efecto con la mercantil Ortzadar, SL. Por otra parte, la empresa Ludoland, SL ha sido la adjudicataria de los últimos contratos relativos al otro programa (formación en los centros de formación permanente).
- b) Las razones por las que no se ha procedido a solicitar datos del personal subrogable a Ortzadar, S.L. son (i) que el objeto del contrato no se corresponde con el que la empresa había desarrollado los años precedentes; (ii) que la relación contractual de la empresa Ortzadar, S.L con Kontsumobide expiró el 31 de agosto de 2020, por lo que no hay sucesión empresarial, y (iii) lo que se ha incorporado al PCAP es el listado proporcionado por Ludoland, S.L.
- c) Por otra parte, el listado de personal presuntamente subrogable enviado por Ortzadar, S.L. no coincide con el de las personas que estuvieron trabajando en el contrato 1/2019-KB que la empresa identifica como origen del derecho a la subrogación.
- d) Finalmente, el Convenio Estatal de Intervención Social podría aplicarse supletoriamente e indica que el carácter vinculante de la subrogación no



desaparece en el caso de que la administración suspendiese el servicio por un periodo no superior al año.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de las alegaciones de las partes y de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la subrogación de los trabajadores y el convenio de aplicación al personal subrogado

A juicio de este Órgano, no cabe aceptar la alegación sobre las presuntas infracciones del listado de personal subrogable y el convenio aplicable a dicho personal por las siguientes razones:

- 1) La sentencia 448/2015 del TSJPV (ECLI:ES: TSJPV: 2020:1419). establece que «(...) no obstante, si concurre un interés legitimante en impugnar tales cláusulas, tal y como hemos antes concluido, no significa que ese solo interés en la defensa de las condiciones económicas y socio-laborales se erija y transforme por si solo en el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que ese interés de los empleados de la actual plantilla limite la facultad de los intervinientes en la contratación pública de cara a fijar las cláusulas y contenidos que tengan por convenientes al amparo del artículo 25 del Texto Refundido de la LCSP. Para que esa limitación se produzca será preciso que los Pliegos o las cláusulas contractuales pactadas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre las libertades y derechos ajenos y no, como se argumenta mediante un discurso basado en hipótesis, deducciones y conjeturas fácticas de mayor o menor probabilidad de materialización, simples inconvenientes en orden a estrategias sindicales y aspiraciones de los trabajadores, que estos aprecien contrarios a sus referidos intereses».
- 2) Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 115/2021), el motivo relativo a la subrogación debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada satisfaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente.



Téngase en cuenta que los pliegos cuya modificación se solicita no son el instrumento legal que regula la subrogación, cuyo alcance se rige por los convenios colectivos o normativa aplicable (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), sobre los que no puede incidir la decisión de este Órgano. Por la misma razón, igual suerte debe correr el motivo relativo a la incorrecta fijación del convenio colectivo que afecta al personal con derecho a subrogación, pues el pliego se limita a informar sobre dicho convenio (artículo 130.1 de la LCSP) cuya aplicación o no depende, en última instancia, de lo que determinen las normas laborales, y no de lo que establezca la documentación contractual.

- 3) La consecuencia de lo señalado en el apartado 2) anterior es que la correcta determinación de los costes del servicio no afecta a la recurrente cuyo interés se halla circunscrito al plano de las relaciones laborales entre los adjudicatarios saliente y entrante con sus empleados.

b) Sobre la ausencia de alguna “cláusula social”

Considera la recurrente que no se cumple con la obligación de incorporar alguna cláusula social. Este Órgano no comparte dicha apreciación, pues el apartado 11 de la Carátula se remite al artículo 28.2 del PCAP y éste señala que los contratistas y subcontratistas deberán, entre otras obligaciones, cumplir con la cláusula 26.3 de condiciones generales consistente en proporcionar al responsable del contrato los datos relativos a las condiciones laborales (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 5 y 139/2019), lo cual constituye una consideración de carácter social cuya finalidad es la de garantizar el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación, todo ello de conformidad con lo preceptuado en el artículo 202 de la LCSP, que exige en su apartado 1 que los pliegos incluyan, al menos, una condición de ejecución.



c) Respecto a la no inclusión de la posibilidad prevista en el artículo 157.5 de la LCSP

El artículo 157.5 de la LCSP (aludido también en el artículo 146.2 b) de la misma Ley) prevé que, para el examen y valoración de las proposiciones en el procedimiento de adjudicación, puedan requerirse informes, entre otras entidades, a las organizaciones sindicales, con la finalidad de verificar las consideraciones sociales y ambientales. En contra de lo que afirma el recurrente, no hay un mandato legal de incluir en los pliegos esta posibilidad; de hecho, se trata de una facultad (no una obligación) que los poderes adjudicadores pueden ejercer sin necesidad de que los pliegos lo establezcan expresamente. Por ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

d) Sobre la obligación de establecer el convenio sectorial de aplicación

Debe desestimarse que se haya infringido la alegación referente al convenio sectorial de aplicación, pues el párrafo 1 del apartado 2 del artículo 122 de la LCSP, invocado por la recurrente, señala que, entre el contenido que debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares figura “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”. La sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma (excepto los incisos referidos a “pactos y condiciones definidores de los derechos de las partes” y “régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos”) por ser contrario al orden constitucional de competencias, lo que implica que carece del carácter básico que la LCSP le había atribuido y que no es aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras. En este sentido, debe recordarse que la normativa autonómica (Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública) no contiene la obligación cuyo cumplimiento se reclama; así, su artículo 5 se refiere tan solo al “convenio colectivo de aplicación” (es decir, el que resulte de la aplicación de la



legislación laboral y de las normas que rigen la negociación colectiva, no del clausulado de los pliegos) y establece que la información sobre el convenio colectivo que la empresa adjudicataria declare aplicable a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato (en cumplimiento de la estipulación de los pliegos descrita en el artículo 5.2) se incluirá en la resolución de adjudicación y se publicará en el perfil de contratante.

Por otro lado, la obligación a la que se refiere el recurrente está claramente establecida en términos generales (con reproducción casi literal del artículo 122.2 de la LCSP) en el apartado 12.2.2.1 de las Cláusulas Específicas del Contrato (“Carátula”).

e) Conclusión

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO frente a los pliegos del contrato de “Servicio de realización del programa de educación, formación y sensibilización en materia de consumo”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Kontsumobide).



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko abenduaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de diciembre de 2021