



EB 2021/107

Resolución 117/2021, de 13 de julio, 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 frente a los pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de junio 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 ELA frente a los pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes.

SEGUNDO: El mismo día 16 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 en los días 16 y 17 de junio.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

En lo que respecta a la representación, consta en el expediente que M.K.A.L. que actúa en nombre de la recurrente.

Respecto a la legitimación, el recurrente pretende, en síntesis, que se revoque el pliego impugnado, ordenando la publicación de un nuevo pliego que incluya correctamente los extremos señalados en el recurso. En concreto se alegan dos motivos para fundar la pretensión:

- a) La nulidad de pleno derecho del procedimiento de adjudicación por haberse omitido la preceptiva publicidad de la convocatoria de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).
- b) La omisión de un trabajador con derecho a la subrogación y el incorrecto computo de la antigüedad con la consecuente repercusión en los cálculos del coste global del contrato, lo que implicaría falta de medios para la correcta ejecución de la prestación. Asimismo, también alega que las frecuencias bajo las cuales se debe prestar el servicio, no corresponden con el trabajo que actualmente realizan las limpiadoras. Todo ello supondría la nulidad de pleno derecho de los pliegos en virtud del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (actos de contenido imposible).

A juicio de este OARC / KEAO, no cabe duda de que el motivo resumido en la letra b) 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 ELA para la interposición del recurso.



No ocurre lo mismo con el motivo de la letra a) anterior; como el propio recurso indica, la falta de un anuncio preceptivo de la licitación es, sobre todo, una infracción de los principios de publicidad, transparencia, igualdad de trato y libre acceso (artículo 1 de la LCSP), pues impide que todos los operadores económicos potencialmente interesados en obtener la adjudicación del contrato puedan conocer la licitación y sus condiciones para presentar una oferta adecuadamente elaborada. Dado que el recurrente no es, a estos efectos, un operador económico y no está interesado en que se le adjudique el contrato, no consta ni se acredita qué aportaría a la satisfacción de los intereses cuya defensa ELA tiene atribuidos la estimación de este motivo de recurso, más allá del mero interés en el cumplimiento de la legalidad, insuficiente para basar la legitimación activa que exige el artículo 48 de la LCSP para la interposición del recurso especial (Resolución 128/2018 del OARC/KEAO). Por lo tanto, no cabe admitir este motivo de impugnación.

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, el Ayuntamiento de Güeñes 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) ELA considera que se ha omitido un trabajador con derecho a la subrogación y que es incorrecto el computo de la antigüedad, lo que repercute en los cálculos del coste global del contrato e implicaría falta de medios para la correcta ejecución de la prestación.
- b) Las frecuencias bajo las cuales se debe prestar el servicio no corresponden con el trabajo que actualmente realizan las limpiadoras.
- c) Finalmente, se solicita la revocación del pliego y la publicación de uno nuevo en el que no se menoscaben las condiciones laborales de los trabajadores que vayan a ejecutar la prestación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) La persona que, según ELA, debiera figurar en el listado de personal subrogable no tendría derecho a la subrogación porque se trata de una contratación por obra o servicio determinado realizada con fecha 7 de enero de 2021 para tareas de refuerzo por motivo del COVID 19.
- b) No sólo no se han empeorado las condiciones de las trabajadoras, sino que se han mejorado. Se han disminuido las frecuencias de las limpiezas



extraordinarias efectuadas por personal distinto a las limpiadoras habituales y que en nada les afecta.

c) El acto impugnado no es de contenido imposible, pues no se trata de un supuesto contradictorio o carente de lógica, ni tampoco tiene un contenido ininteligible o carece de las más mínima concreción.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente plantea (i) la incorrección del listado de personal subrogable y (ii) la alteración de las frecuencias de trabajo del personal que actualmente presta el servicio. A continuación, se exponen las apreaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la subrogación de los trabajadores

A juicio de este Órgano, no cabe aceptar esta alegación 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 21/2018), el motivo debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada ampliaría los derechos de los trabajadores cuya defensa es la finalidad del recurrente. Téngase en cuenta que la obligación del nuevo contratista de subrogarse en la relación laboral de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación tiene su origen en las normas laborales o en los convenios colectivos que la establecen. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, los pliegos se limitan a señalar dichas normas o convenios y el personal afectado por ellas para que los operadores económicos interesados puedan tener un adecuado conocimiento de los costes laborales que conlleva su oferta (ver, por todas la Resolución 169/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, el citado artículo excluye la posibilidad de que sean los propios pliegos del contrato los que impongan la obligación de subrogación (ver, en este sentido la STSJ PV nº 305/2020, de 19 de octubre de 2020, ECLI:ES: TSJPV:2020:1419). Consecuentemente, el parámetro legal para determinar si el contratista incumple o no dicha obligación lo constituirán exclusivamente los mencionados convenios o normas, con independencia del contenido de los pliegos, que se limitan a reflejarla pero no son su fuente, sin que la Resolución de este Órgano pueda en ningún caso incidir sobre ellas (Resolución 095/2021 OAR/KEAO).
- 3) Por otro lado, la información desglosada sobre costes que componen el presupuesto base de licitación tiene la finalidad de procurar el cumplimiento del mandato de que éste se adecúe al mercado (artículo 100.2 de la LCSP). El valor estimado, por su parte, es un concepto que sirve para medir la importancia económica de un contrato y determinar, de ese modo, el régimen jurídico que le es aplicable a efectos de, por ejemplo, clasificación y solvencia o de sujeción a la regulación armonizada o al recurso especial (ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, asunto “Auroux”, ECLI:EU:C:2007:31, C-220/05, y la Resolución 61/2014 del OARC / KEAO). Ambos conceptos pueden afectar a los operadores económicos



potencialmente interesados en obtener la adjudicación del contrato, pero ninguno de ellos 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, como ya se ha dicho, no puede alterarse en virtud de las resoluciones de este Órgano.

b) Sobre la alteración de las condiciones laborales

Esta alegación tampoco puede aceptarse. Como ya ha manifestado anteriormente este OARC/KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 5 y 139/2019), entra dentro de la discrecionalidad que ampara al poder adjudicador establecer las frecuencias horarias 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 plantilla subrogada pueda seguir en las mismas tareas que venía desempeñando anteriormente y bajo las mismas condiciones. Además, el recurrente no demuestra que se hayan infringido los límites de dicha discrecionalidad; en particular, no acredita la infracción de ninguna norma laboral o convenio colectivo.

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: En relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a los pliegos del



contrato de “Servicio de limpieza de edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Güeñes:

a) inadmitir la pretensión relativa a la nulidad del procedimiento por la falta de publicación de la licitación en el DOUE.

b) desestimar el recurso en todo lo demás.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko uztailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de julio de 2021