



EB 2021/083

Resolución 137/2021, de 2 de septiembre, 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 empresa DREAM EXECUTIVE SERVICES, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Servicios de Conserjería de los Centros Empresariales de Fomento de San Sebastián”, tramitado por Fomento de San Sebastián, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de mayo 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 empresa DREAM EXECUTIVE SERVICES, S.L. (en adelante DREAM) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Servicios de Conserjería de los Centros Empresariales de Fomento de San Sebastián”, tramitado por Fomento de San Sebastián, S.A.

SEGUNDO: El 11 de mayo 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 19 de mayo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento el día 21 de mayo, se han recibido alegaciones de SABICO SERVICIOS AUXILIARES S.L. (en adelante SABICO) el 28 de mayo y de NORESTE CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. (en adelante NORESTE) el día 31 de mayo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.L. que actúa en nombre de la recurrente.

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 servicios 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, Fomento de San Sebastián S.A. tiene la condición de poder adjudicador, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

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

- a) DREAM, en cumplimiento del contrato y de los pliegos en virtud de los cuales resulta ser la actual contratista de los servicios de Conserjería de los Centros Empresariales de Fomento de San Sebastián, subrogó a los trabajadores que al tiempo de tener lugar la adjudicación prestaban dichos servicios. Consecuentemente, lo mismo ha de ocurrir en la actualidad, pues sus relaciones de trabajo continúan sometidos al mismo convenio colectivo.
- b) Se alega el artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), así como que el convenio colectivo que regula las condiciones de los trabajadores al momento de publicación del procedimiento de adjudicación que se impugna (Convenio colectivo de la empresa Gureak Zerbitzu Anitzak, S.L.), que es el mismo que cuando DREAM resultó adjudicataria del servicio. Asimismo, se aporta el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (GUREAK es y sigue siendo un centro de trabajo de atención a personas con discapacidad), que en su artículo 27 regula la subrogación empresarial. Finalmente, como prueba de lo anterior se aporta la Sentencia nº 243/20 del Juzgado de lo Social nº 4 de San Sebastián en la que se condenó a DREAM a garantizar al trabajador la misma estructura y datos de la relación laboral, antigüedad y categoría profesional que tenía cuando era trabajador de GUREAK.
- c) Atendiendo a unas mismas circunstancias, tanto en cuanto al servicio objeto de licitación, como de ubicación donde se habría de prestar, concurriendo incluso



los mismos trabajadores y estando sometidos al mismo convenio colectivo que sirvió para establecer la obligación de la subrogación, sería contradictorio, hasta el punto de constituir una vulneración del principio de no ir contra los propios actos, el hecho de no contener en los pliegos objeto de impugnación, las mismas condiciones esenciales que se establecieron en el caso precedente.

d) De conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la LCSP, la sola posibilidad de que exista la obligación de asumir el personal que actualmente presta el servicio objeto de licitación obliga a que por el Órgano contratante se solicite información sobre la situación laboral de la plantilla destinada a esa actividad, y una vez recabada, hacerlo constar en el pliego o en la documentación complementaria.

e) Finalmente, solicita añadir dentro del objeto del contrato la advertencia de que por ley y por el convenio colectivo que resulta de aplicación se impone al contratista la obligación de subrogarse como empleador en los contratos de trabajo de los trabajadores que actualmente prestan dichos servicios, a cuyos efectos, asimismo se anexará, como número VII, el listado del personal objeto de subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como cualesquiera pactos en vigor aplicables a los trabajadores afectados por la subrogación, facilitado por la empresa que actualmente presta los servicios.

SÉPTIMO: Alegaciones de SABICO

SABICO manifiesta su oposición al recurso. Considera que en caso de subrogación se debería anular el concurso, puesto que son condiciones no recogidas en el pliego de condiciones. Alega que no asumirá, en caso de resultar adjudicataria, subrogación alguna de trabajadores, ya que no se recoge esta circunstancia en el pliego. Además, opina que el procedimiento impugnado nada tiene que ver con el de ejercicios precedentes, puesto que aquellos fueron como



consecuencia de dos concursos independientes, uno por conserjería y otro por mantenimiento. En el actual es uno único y las condiciones de adjudicación están perfectamente establecidas sin inclusión de clausula alguna de subrogación empresarial.

OCTAVO: Alegaciones de NORESTE

NORESTE considera que la empresa recurrente, como actual adjudicataria del contrato, debería haber facilitado los datos al órgano de contratación con anterioridad y no ahora, que ha finalizado la fase de presentación de ofertas. Conocer esta situación en este momento es perjudicial para la empresa que ha formulado la oferta sobre la base de la información que consta en los pliegos. Consecuentemente, entiende que debe proseguirse la licitación, salvo que se suspenda el proceso y se entienda que es necesario publicar el listado y dar un nuevo plazo de presentación de ofertas.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) En lo que respecta a la no inclusión en el pliego de la obligación de subrogación de los trabajadores, se alega que FOMENTO, de conformidad con el artículo 130 de la LCSP y artículo 6 de la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública (en adelante, Ley 3/2016), se puso en contacto con la recurrente a fin de que se manifestara sobre si el convenio colectivo sectorial de aplicación a la actividad de la empresa establecía la obligación de subrogación para sus trabajadores siendo su respuesta que no aplicaba ningún convenio colectivo que estableciese la obligación de subrogación, rigiéndose los trabajadores por el Estatuto de los Trabajadores.



- b) No procede la subrogación de trabajadores por la vía del artículo 44 del ET ya que no se acreditan los presupuestos que exige, a saber, una sucesión de activos que permita afirmar que existe transmisión de empresa u organización con capacidad productiva (STS 873/2018, de 27 de septiembre).
- c) La subrogación del personal del anterior pliego derivaba de dos títulos jurídicos: el convenio colectivo del sector al que pertenecía la empresa (no el propio de la empresa) y el artículo 130.2 de la LCSP.
- d) En conclusión, la recurrente, que ha reconocido que en su sector no cuenta con Convenio Colectivo, no puede apoyar la obligatoriedad del mecanismo subrogatorio en base a un convenio que no es el suyo ni en base a un convenio de otra empresa.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión consiste en que se incluya en el objeto del contrato “la advertencia de que por ley y por el convenio colectivo que resulta de aplicación, se impone al contratista la obligación de subrogarse como empleador en los contratos de trabajo de los trabajadores que actualmente prestan dichos servicios, a cuyos efectos se anexará, como número VII, el listado de personal objeto de la subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como cualesquiera pactos en vigor aplicables a los trabajadores afectados por la subrogación, facilitado por la empresa que actualmente presta los servicios” (que es la recurrente).

Esta pretensión debe analizarse desde la perspectiva de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26/10/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:3449, que estima parcialmente un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 92/2014 del OARC / KEAO. De ella se deduce que, aun cuando concurra un interés legítimo en impugnar el contenido de los pliegos (o, como en este caso, una omisión de los mismos), dicho interés no es por si solo el fundamento jurídico determinante de una infracción, de manera que se pueda limitar su clausulado; para que esa limitación se produzca



será preciso que las cláusulas contractuales recurridas desplieguen efectos jurídicos verdaderos y contingentes sobre los intereses del recurrente.

Partiendo de esta base, asumida por este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 21/2018), el recurso debe desestimarse, ya que acceder a la pretensión en nada satisfaría los intereses del recurrente. Téngase en cuenta que los pliegos cuya modificación se solicita no son el instrumento legal que regula la subrogación y su alcance, que se rigen por el convenio colectivo o norma 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), sino que únicamente se limitan a reflejarla en el caso de que dicha subrogación sea legal o convencionalmente aplicable, cuestión esta última sobre la que la decisión del OARC / KEAO no puede incidir, pues es a la legislación laboral o a los convenios colectivos a los que debe atenderse para imponer o no la obligación de subrogación, sin que el propio pliego (único instrumento legal cuyo contenido puede verse afectado por lo que este Órgano decida) pueda ser la fuente de dicha obligación (ver, por ejemplo, la Resolución 110/2019 de este OARC / KEAO).

Por otra parte, la inclusión en la documentación contractual de la información sobre el 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 y 93/2019 del OARC / KEAO); sin embargo, en el supuesto que nos ocupa la recurrente conoce perfectamente los costes laborales del servicio por ser su actual prestadora.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DREAM EXECUTIVE SERVICES, S.L. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato “Servicios de Conserjería de los Centros Empresariales de Fomento de San Sebastián”, tramitado por Fomento de San Sebastián, S.A.

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 irailaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de septiembre de 2021