



EB 2023/246

Resolución 086/2024, de 14 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 CCOO contra los pliegos del contrato “Servicio de asesoramiento, soporte técnico y colaboración con el área de desarrollo local: comercio, turismo, empleo y promoción económica”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de noviembre de 2023 se presentó 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 CCOO contra los pliegos del contrato “Servicio de asesoramiento, soporte técnico y colaboración con el área de desarrollo local: comercio, turismo, empleo y promoción económica”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

SEGUNDO: Con fecha 1 de diciembre, 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). La citada documentación se recibió el día 15 del mismo mes.

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



Nahi izanez gero, J0D0Z-T5QE8-RBDW bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T5QE8-RBDW en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de E.P.H. que actúa en su nombre. Respecto a la legitimación para la interposición del recurso, debe verificarse su existencia a partir del alcance de las pretensiones impugnatorias que, en síntesis, consisten en la anulación de:

- (i) Los apartados del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que incluyen la información sobre el personal subrogable a la que se refiere el artículo 130 de la LCSP por no reflejar correctamente todos los datos de la persona a subrogar.
- (ii) Los requisitos de perfil lingüístico que los pliegos establecen para el trabajador que vaya a prestar el servicio por no estar justificados y perjudicar o dificultar la continuidad en el trabajo del personal subrogado.

A juicio de este Órgano, es clara la vinculación entre la primera pretensión y la defensa de las finalidades institucionales de la recurrente y de los intereses de sus afiliados o representados (ver, por todas, la Resolución 117/2021 del OARC / KEAO), por lo que debe entenderse que CCOO tiene legitimación activa para la interposición de este motivo impugnatorio. Por lo que se refiere a la segunda pretensión, se observa lo siguiente:

- 1) En principio, los legitimados para impugnar las cláusulas de los pliegos que obligan al licitador o al contratista a satisfacer determinados requisitos que pueden dificultar o impedir la presentación de una oferta son los operadores económicos que podrían estar interesados en el contrato (por ejemplo, porque consideran que dichos requisitos son discriminatorios, desproporcionados o no vinculados con la prestación); la razón es que son ellos los perjudicados por dichas cláusulas y los que, en el caso de



estimarse el recurso, obtendrían el beneficio tangible derivado de la satisfacción de un derecho o interés, que cualifica la legitimación activa. Asimismo, este OARC / KEAO ha admitido la legitimación para impugnar los citados requisitos de las organizaciones empresariales representativas de los intereses afectados (ver el inciso final del segundo párrafo del artículo 48 de la LCSP y, por todas, su Resolución 53/2020) y de los correspondientes colegios profesionales para defender los intereses de sus colegiados (ver, por ejemplo, la Resolución 22/2021, que precisamente resuelve una impugnación sobre cláusulas lingüísticas consideradas desproporcionadas).

- 2) Si bien se reconoce en abstracto la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, lo cierto es que se exige una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (STC 148/2014, de 22 de septiembre). Consecuentemente, en general, no se les reconoce legitimación para impugnar el tipo de estipulaciones mencionadas en el apartado 1) porque no consta una conexión entre la cláusula y los intereses y finalidades de dichas organizaciones, o si la hay, sería genérica, remota y meramente especulativa, desvinculada en principio de la infracción de normas sociales o laborales concretas, ámbito propio de la recurrente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 128/2018 y 5, 24 y 173/2019 del OARC / KEAO); en particular, no puede “deducirse fundadamente” que las cláusulas impugnadas impliquen “...que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación” (artículo 48.2 de la LCSP).
- 3) La anterior afirmación general debe ser matizada para este caso concreto. Debe tenerse en cuenta que la alegación de CCOO se dirige especialmente a defender los intereses de una trabajadora concreta y



delimitada, como es el de la que vaya a subrogarse en la plantilla de la nueva adjudicataria; en especial, se argumentan los perjuicios que para la continuidad laboral de esta trabajadora podrían generar los niveles lingüísticos exigidos, sobre todo a la vista de sus circunstancias personales. De ello se deduce la existencia de un beneficio tangible derivado de la estimación de la pretensión, cuya consecución satisface finalidades propias de la recurrente. Llegados a este punto, debe admitirse la legitimación activa de CCOO para interponer la segunda pretensión.

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, el Ayuntamiento de Sopela 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 argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La recurrente estima que la cláusula 4 del PPT relativa a la necesidad de perfil B2 para el puesto de Coordinador técnico devendría nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anulable por infracción del artículo 130 y 116.4 c) y e) LCSP. Así, el pliego no incluye el tipo de contrato, ni la jornada, ni el vencimiento del contrato, ni el salario bruto anual de la trabajadora subrogable, infringiendo el artículo 130 anteriormente citado. Igualmente, se vulnera el artículo 116 c) porque no se justifica debidamente el coste real de los costes salariales.

b) El establecimiento de requisitos de perfil lingüístico al puesto de Coordinador supone la infracción del artículo 116.4 y 102 LCSP. La persona subrogable carece de la acreditación del perfil lingüístico B2 exigido, sin que ello haya supuesto obstáculo alguno para la prestación del servicio hasta ahora. Además, en los anteriores pliegos no se consignó este requisito, ni se justifica en el presente contrato esta exigencia. Todo esto supone una discriminación para la trabajadora con derecho a ser subrogada, pues tampoco se le facilita un tiempo para la obtención de dicho certificado lingüístico. En apoyo de lo afirmado se adjunta la Sentencia del TSJPV 952/2021, de 24 de noviembre de 2022.

c) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad o anulabilidad del punto 4 del PPT en lo relativo al requisito del perfil de euskera B2 al puesto de Coordinador técnico.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Sopela se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:



a) Por lo que se refiere a los datos del personal subrogable que deben establecerse en los pliegos, hay que señalar que las previsiones recogidas en el convenio de aplicación han de ser analizadas con el resto de la legislación vigente que resulte de aplicación y, en particular, con el artículo 130 LCSP y el artículo 6 de la Ley del Parlamento Vasco 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, o incluso el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 33/2018, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento ejecutivo para la incorporación de cláusulas sociales. Al respecto, ha de indicarse que dichas previsiones se cumplen en los pliegos impugnados, pues en el Anexo relativo a la relación de personas trabajadoras, tipo de contrato, jornadas, categorías y antigüedades a 05/10/2023 y en el apartado U de la Carátula del PCAP se establecen los siguientes aspectos: Convenio de aplicación, categoría profesional, tipo de contrato, fecha de antigüedad, jornada anual, porcentaje jornada y salario bruto anual. Asimismo, ha de tenerse en cuenta y en relación al motivo impugnatorio, que existen restricciones legales sobre la información de carácter personal a la hora de su publicación, por lo que resulta innecesario y desproporcionado indicar datos relativos a nombre y apellidos, DNI o número de afiliación.

b) En lo que respecta a la exigencia del perfil lingüístico impugnada, hay que comenzar señalando que el servicio va a ser prestado por una sola persona. Por otra parte, en la memoria justificativa del contrato se detalla la necesidad de que el personal que vaya adscribirse a la ejecución del contrato cuente con el perfil de euskera B2 o equivalente, teniéndose en cuenta la Sentencia del TSJPV 416/2022, de 24 de noviembre de 2022 en lo referente a la imposibilidad de imponer a los trabajadores de una empresa privada las mismas exigencias que a los empleados públicos.

c) Como fundamento del apartado anterior, ha de respetarse la legislación aplicable en materia de cláusulas lingüísticas en la contratación pública y que no han sido afectadas por las recientes sentencias del TSJPV. Así, el artículo 7.8 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, exige la



inclusión de cláusulas lingüísticas en los contratos públicos con carácter imperativo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, la recurrente plantea la incorrección (i) del listado de personal subrogable y (ii) de las exigencias lingüísticas al personal que vaya a ejecutar el contrato. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre ambas cuestiones.

a) Sobre el alcance del artículo 130.1 LCSP

El primer motivo de impugnación 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 sí 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, sus Resoluciones 21/2018 y 76/2021), el motivo de recurso 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 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). En este sentido, ha de señalarse que la información dada por el poder adjudicador es conforme con lo requerido por el artículo 130 LCSP, pues cumple adecuadamente con la finalidad de este. En particular, se observa que tanto en la Carátula del PCAP como en el PPT se indican los siguientes conceptos: Convenio de aplicación, categoría profesional, tipo de contrato, fecha de antigüedad, jornada anual, porcentaje jornada y salario bruto anual, sin que sea necesario indicar más datos de carácter personal (nombre y apellidos, DNI o el número de afiliación a la SS) y, por lo tanto, confidenciales, por innecesarios y desproporcionados para alcanzar el objetivo perseguido, como bien indica el poder adjudicador.

b) Sobre el requisito lingüístico

El recurrente impugna el requisito de que el Coordinador/Técnico del servicio deba disponer del perfil lingüístico B2 en euskera. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:



- 1) La exigencia lingüística impugnada se justifica por la necesidad de hacer efectivos los derechos lingüísticos de los usuarios del servicio contratado, que pueden elegir en cuál de los dos idiomas oficiales pueden ser atendidos por la Administración (ver, por ejemplo, el artículo 6.1 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera). El artículo 7.8 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante, Ley 2/2016), establece que los contratos celebrados por las citadas entidades incluirán las cláusulas necesarias para que el objeto del contrato satisfaga dicho derecho también cuando el servicio se presta indirectamente por un tercero y cumpla con la legislación lingüística que le resulta aplicable por su propia naturaleza y por las características de la entidad local titular del servicio, que deberá prestarse en condiciones lingüísticas equivalentes a las que sean exigibles a la administración titular del servicio (ver también el artículo 36.5 del Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, que desarrolla reglamentariamente esta norma). Además, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:512 en la que se señala que resulta legítimo que las entidades locales adopten determinaciones sobre « Medidas contempladas en materia de contratación, en particular, las tendentes a garantizar que aquellos servicios públicos que conlleven una relación directa con el usuario y se ejecuten por terceros sean prestados a los ciudadanos en condiciones lingüísticas similares a las que sean exigibles para la administración correspondiente.
- 2) El objeto principal del contrato es el servicio de Atención, Información, orientación y acompañamiento directo y presencial a las personas desempleadas o en situación de mejora de empleo, personas emprendedoras y/o empresas del municipio, así como la asistencia técnica de apoyo a la propia área de empleo y promoción económica del Ayuntamiento de Sopela. Asimismo, resulta relevante que el servicio vaya a ser prestado por una sola persona y que consista en un servicio directo a la ciudadanía. A la vista de estas estipulaciones cabe concluir que la



exigencia del conocimiento de euskera requerida en los pliegos guarda vinculación con el objeto del contrato porque es necesaria para ejecutar las prestaciones demandadas, con lo que la prescripción satisface la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi, y el Decreto 179/2019, que la desarrolla en materia de normalización y uso de las lenguas oficiales.

- 3) El recurrente considera que la exigencia del conocimiento de euskera es contraria a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado 25) estableció que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de la Unión Europea (en este caso, la presentación de una oferta al contrato analizado) deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE (actuales 49 y 56 TUE): (i) que se apliquen de manera no discriminatoria, (ii) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con la cláusula impugnada se observa que ésta es, en principio, no discriminatoria, ya que se exige para todos los licitadores y todos ellos pueden satisfacerla. También se observa que su justificación responde a un interés general, como es la correcta prestación del objeto del contrato que está ligado al cumplimiento y realización de los fines institucionales del municipio (artículo 28 de la LCSP) y para garantizar el ejercicio del derecho que asiste a la ciudadanía al uso del euskera en sus relaciones con la Administración y a ser atendidos en la lengua de su elección (artículo 5.2.a) de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera). Además, que el requisito se configure como prescripción técnica, lo que es un signo de proporcionalidad, pues es una exigencia que no impide la presentación de una oferta, pues solo se pide



a la adjudicataria. De la misma forma, parece adecuado acreditar una mínima solvencia lingüística, cuando dicha capacitación es necesaria para la correcta prestación objeto de contrato. Finalmente, no se aprecia que la medida vaya más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo, pues no se requiere la titulación equiparable al máximo grado ni al segundo más alto de competencia lingüística contemplada en la normativa y que se requieren habitualmente para los empleados públicos del Grupo A1, que son el C2 y el C1, respectivamente, sino el mínimo exigible para que pueda darse la atención en euskera. Al respecto, cabe señalar que el Ayuntamiento ha tenido en cuenta la Sentencia 416/2022 del TSJPV, de 24 de noviembre de 2022, en la que se determina que no cabe imponer al trabajador de una empresa privada que vaya a ejecutar el servicio las mismas exigencias lingüísticas que a los empleados públicos.

- 4) Por último, hay que señalar que el requisito lingüístico exigido ni impide ni puede impedir que la actual trabajadora sea subrogada por la nueva adjudicataria; como ya ha señalado este Órgano, la obligación de subrogación no supone que necesariamente el empresario afectado por ella deba incorporar a todos los trabajadores subrogados a la ejecución de la prestación contratada ni garantiza la permanencia en el mismo puesto de trabajo privando al empresario de sus poderes de dirección que posibilitan legalmente, en su caso, la movilidad geográfica o funcional (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO). Asimismo, debe recordarse que el hecho de que el requisito sea nuevo respecto al contrato anterior con el mismo objeto no es relevante, pues el poder adjudicador, en su potestad discrecional para configurar el objeto del contrato, no está vinculado por los precedentes (ver, por todas, las Resoluciones 84/2017 y 70/2018 del OARC / KEASO), especialmente si la nueva estipulación tiene la finalidad de satisfacer los derechos que la normativa lingüística reconoce a los usuarios del servicio.



c) Conclusiones

Por lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 confederación sindical CCOO contra los pliegos del contrato “Servicio de asesoramiento, soporte técnico y colaboración con el área de desarrollo local: comercio, turismo, empleo y promoción económica”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

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, 2024ko maiatzaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de mayo de 2024