

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI
RESOLUCIÓN 1/2018

EB 2017/147

Resolución 001/2018, de 3 de enero de 2018, 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 ALCOR SEGURIDAD, S.L. contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Servicio de vigilancia y servicios auxiliares para las organizaciones de servicios de la red de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de noviembre de 2017, la empresa ALCOR SEGURIDAD, S.L. (en adelante, ALCOR) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Servicio de vigilancia y servicios auxiliares para las organizaciones de servicios de la red de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Con fecha 14 de noviembre se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron en el OARC / KEAO los días 20 y 21 de noviembre. Solicitada documentación complementaria el día 4 de diciembre, se cumplimentó dicho requerimiento el 13 de diciembre.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 027/2017 de fecha 24 de noviembre de 2017, este OARC/KEAO procedió a suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente otros interesados diferentes al recurrente y al poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de doña M.S.R.A., que actúa en nombre de la empresa recurrente, así como la legitimación de ésta para interponer el recurso por ser una empresa que opera en el mercado prestando los servicios demandados en el pliego que impugna.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 A) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los pliegos que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Se impugna la cláusula 2 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) que establece la obligación de que la prestación del servicio se ajuste al «Convenio colectivo del sector y demás disposiciones concordantes», así como su Anexo II que dispone que los trabajadores “(...) deberán tener garantizado como mínimo , en materia retributiva y de condiciones de trabajo el Convenio sectorial que les sea de aplicación por razón de la actividad”, debido a que la locución «Convenio colectivo del sector» puede ser muy amplia e incluir varios convenios colectivos: estatales, autonómicos, provinciales y de empresa.

b) La introducción de estas cláusulas no cumple con la normativa por las siguientes razones: no facilitan información a los licitadores para que elaboren sus costes de acuerdo con la normativa laboral, no se incluyen con carácter informativo para el cálculo de los costes del personal a subrogar, no están relacionados con el objeto del contrato, no son cláusulas sociales ni son compatibles con el derecho comunitario y la introducción por el órgano de contratación de cuestiones tales como el mantenimiento de las condiciones de trabajo, abono de cotizaciones, cumplimiento de obligaciones con la seguridad social es algo regulado ya por la normativa laboral, por cuyo incumplimiento debe velar el órgano de contratación. El límite a las cláusulas sociales por las que aboga la Directiva 2014/24 es el de no contradecir la normativa laboral aplicable en cada estado miembro.

- c) Cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella, aun cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos le planteen dudas desde el punto de vista legal.
- d) La pretensión es la de que se declare la nulidad de las citadas cláusulas.

SÉPTIMO: En síntesis, el poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) La intención del órgano de contratación no es imponer un convenio colectivo concreto (nacional, autonómico o empresarial) sino, más bien al contrario, que se respete el convenio que resulte aplicable a la actividad, recordando y aclarando que la licitación respeta las estipulaciones mínimas en materia retributiva y de condiciones de trabajo del personal reguladas en el Convenio colectivo que resulta aplicable.
- b) Las resoluciones de los diversos tribunales de recursos contractuales que cita no son de aplicación al supuesto concreto. En cambio si lo es la sentencia del Tribunal Supremo 466/2017 (RJ/2017/3163), referida a la subrogación por la nueva empresa adjudicataria de los trabajadores afectos a la prestación del servicio de la empresa saliente.

OCTAVO: El análisis de la viabilidad de la pretensión del recurso debe partir de las dos cláusulas impugnadas.

La cláusula 2 del PPT dispone lo siguiente:

2.- LEGISLACIÓN APLICABLE

La prestación de los servicios objeto del presente apartado estarán sujetos en todo momento, a la legislación y reglamentación vigente en cada momento y que de cualquier manera pueda afectar al servicio y su desarrollo.

De manera particular, la prestación de los servicios deberá ajustarse a lo establecido en:

(...)

- Convenio Colectivo del sector y demás disposiciones concordantes.

Por su parte, en el ANEXO II se establece lo siguiente

(...)

- OTRAS ACLARACIONES

(...)

- Los trabajadores/as de las empresas contratadas deberán tener garantizado, como mínimo, en materia retributiva y de condiciones de trabajo el Convenio Sectorial que les sea de aplicación por razón de la actividad.

La cláusula 2 del PPT relaciona el conjunto de normas que regulan la actividad contratada y a las que se debe sujetar el adjudicatario del contrato durante el plazo de ejecución del contrato y, dentro de este listado, figura la mención al «Convenio Colectivo del sector y demás disposiciones concordantes». Por su parte, del

Anexo II del PPT, que comprende un conjunto heterogéneo de prescripciones y obligaciones contractuales, se impugna aquella que obliga al adjudicatario a garantizar, como mínimo, en materia retributiva y de condiciones de trabajo, el Convenio Colectivo sectorial que sea de aplicación por razón de la actividad.

En su Resolución 59/2017 este OARC/KEAO ha negado la posibilidad de que un determinado convenio colectivo pueda ser aplicable en virtud de la propia fuerza vinculante de los pliegos argumentando que «(...) Los convenios colectivos

son producto de la negociación y el acuerdo entre empresarios y trabajadores (artículo 82.1 del ET), y no pueden imponerse a ambas partes por el poder adjudicador por vía contractual, sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable según la normativa laboral (y no ninguno otro) deba regir durante la ejecución del contrato, con las consecuencias legales que su incumplimiento pudiera conllevar (ver los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2016). Por otro lado, se trata de una posibilidad que también es rechazable desde el punto de vista del Derecho de la contratación pública, pues se obstaculiza la libre competencia (artículo 1 del TRLCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24). Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, “Ruffert”, ECLI:EU:C:2008:189, considera contrario al Derecho de la Unión obligar a los contratistas a pagar, al menos, el salario fijado en un convenio colectivo si dicho convenio no es, según la legislación laboral, aplicable a la empresa (en el mismo sentido, ver la Resolución 1059/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC). Una estipulación como la analizada podría hacer que algunos licitadores perdieran la ventaja competitiva que les aporta abonar sueldos bajos, siempre que sean respetuosos con la normativa prevista en el artículo 18.2 y el Anexo X de la Directiva 2014/24 y con el resto del derecho social y laboral mínimo necesario. En particular, se penalizaría a las empresas que se han acogido (o que pudieran acogerse después de la adjudicación) a opciones legales para incluirse en un convenio de empresa o en un “descuelgue” (pactado o no) que les garantiza un menor coste salarial que el exigido en el CISB, e incluso a las que se rigen por un convenio territorial distinto.»

En aquella ocasión se debatía la posibilidad de que los pliegos del contrato impusieran al adjudicatario un concreto convenio colectivo. La cláusula ahora impugnada es más ambigua y no especifica más que la obligación de «(...) garantizar en materia retributiva y de condiciones de trabajo el Convenio Sectorial que les sea de aplicación por razón de la actividad», pero los anteriores argumentos son igualmente aplicables al caso, ya que, de acuerdo con la legislación laboral, es posible que el adjudicatario deba sujetarse en determinadas materias a un convenio colectivo distinto del sectorial. Ese sería el caso de una licitadora que disponga de un convenio de empresa, que tiene prioridad aplicativa en ciertas materias sobre el convenio sectorial (art. 84 del ET) o el de otra licitadora que, en el marco del procedimiento de descuelgue regulado en el art. 82 del ET, está habilitada para inaplicar determinadas materias del convenio sectorial. Ambas, son medidas introducidas por el Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral cuya Exposición de Motivos afirma que «(...) responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.» Ello conlleva que una estipulación contractual que pretende imponer un determinado contenido a unas relaciones legal y legítimamente configuradas entre el empresario y el trabajador al amparo del ET, sea contraria al principio de libertad de pactos regulado en el art. 25 del TRLCSP, que tiene como límite el respeto al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el artículo 118 del TRLCSP dispone la posibilidad de que se establezcan condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato que pueden referirse, entre otras, a consideraciones de tipo social con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Pues bien, la obligación impuesta en el Anexo II del PPT de que en materia retributiva y de condiciones de trabajo sea aplicable el Convenio colectivo sectorial no obedece a ninguna de las finalidades a las que deben obedecer las condiciones especiales de ejecución de carácter social según el art. 118 del TRLCSP.

Consecuentemente, debe anularse la cláusula que figura en el Anexo II del PPT cuyo literal es «Los trabajadores/as de las empresas contratadas deberán tener garantizado, como mínimo, en materia retributiva y de condiciones de trabajo el Convenio Sectorial que les sea de aplicación por razón de la actividad.»

NOVENO: La anulación de la citada estipulación del Anexo II del PPT conlleva la de la mención que figura en la cláusula 2 del PPT al «Convenio Colectivo del Sector y demás disposiciones concordantes», así como la cancelación del procedimiento de adjudicación pues dichas cláusulas afectan a la formación de la voluntad

contractual del licitador. Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tenga en consideración lo expuesto en esta Resolución.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP 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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALCOR SEGURIDAD, S.L. contra el pliego de prescripciones técnicas del contrato “Servicio de vigilancia y servicios auxiliares para las organizaciones de servicios de la red de Osakidetza”, tramitado por Osakidetza, anulando las cláusulas impugnadas y cancelando la licitación.

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 49 del TRLCSP.