



Erref / Ref: Recurso Especial M. A. A. M.
contra pliegos Servicio de gestión recaudatoria
en periodo ejecutivo

Esp Zenb / N° exp: 2014/03- RE

RESOLUCIÓN Nº 5/2014

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de mayo de 2014

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. J. L. L. I., Abogado, en nombre y representación de M. A. A. M., delegada de personal de la Empresa GESTION TRIBUTARIA TERRITORIAL, S.A., contra el Acuerdo del Consejo de Diputados 159/2014, de 25 de marzo, por el que se aprobó el expediente de licitación, por procedimiento abierto, del “Servicio de colaboración en la gestión recaudatoria en periodo ejecutivo de ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni manejo o custodia de fondos públicos”, con un presupuesto total del contrato de 6 millones de euros para un periodo de ejecución de 4 años

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. J. L. L. I., Abogado, en nombre y representación de M. A. A. M., delegada de personal de la Empresa y representante legal de los trabajadores de la empresa GESTION TRIBUTARIA TERRITORIAL, S.A., en su centro de trabajo en Vitoria-Gasteiz, y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA, siendo el órgano de contratación el Consejo de Diputados y el tramitador del expediente de contratación el Servicio de Secretaría Técnica de Hacienda, Finanzas y Presupuestos, del Departamento de Hacienda, Finanzas y Presupuestos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por Acuerdo del Consejo de Diputados 159/2014, de 25 de marzo, se aprobó el expediente de licitación, por procedimiento abierto, del “Servicio de colaboración en la gestión recaudatoria en periodo ejecutivo de ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni manejo o custodia de fondos públicos”, con un presupuesto total del contrato de 6 millones de euros para un periodo de ejecución de 4 años.

La convocatoria, junto con los pliegos y demás documentación del contrato se publicaron en el Perfil del Contratante de la Diputación Foral de Álava el 28 de marzo de 2014.



El anuncio de licitación se publicó en el Boletín del Territorio Histórico de Álava del día 4 de abril de 2014, siendo el último día para presentación de las proposiciones el 22 de abril.

Se han presentado tres proposiciones de las empresas: “Gesmupal, S.A.”, “Gestión Tributaria Territorial, S.A.U.” y “Servicios de Colaboración Integral, S.L.”

SEGUNDO. El 30 de abril de 2014 tuvo entrada en el Registro del Departamento de Hacienda, Finanzas y Presupuestos de la Diputación Foral de Álava el recurso de reposición interpuesto por la representación letrada de M. A. A. M. contra citado Acuerdo del Consejo de Diputados 159/2014, en su condición de Delegada de personal de la empresa Gestión Tributaria Territorial, S.A.U que le otorga legitimación para presentar el recurso al poder verse afectados con las determinaciones de los pliegos algunos derechos sociolaborales de los trabajadores de la empresa, en el caso de una posible adjudicación a terceros y la subrogación correspondiente.

En el recurso se expone, literalmente, que el apartado 6.3 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) dedicado a “locales, denominación y horario”, ha de fijar un horario que debe cumplir las sentencias firmes dictadas por los Juzgados de lo Social de Vitoria-Gasteiz y por tanto se debe cumplir el apartado 6.4 con respecto al personal que habida cuenta que existe una subrogación empresarial del posible adjudicatario y se deben cumplir todas las condiciones laborales que tienen los trabajadores incluido el horario. Que ello no contradice el servicio de atención al público, sino que armoniza dicho horario respecto al público, a las entidades colaboradoras como son las entidades financieras y bancarias y las entidades locales como los Ayuntamientos. Todo ello con un mejor servicio para los ciudadanos en general.

Además, en el cuadro de características se especifica que el contrato no es de regulación armonizada cuando, en su opinión, sí debería ser armonizada habida cuenta que los contratantes, las cuantías y demás no es de aplicación el código de categoría del servicio 27.

Y termina solicitando que se respeten los horarios que los trabajadores venían cumpliendo hasta la fecha y sus condiciones laborales de una subrogación al completo, así como que el contrato sea de regulación armonizada y se cumplan todos los plazos legales a los efectos pertinentes y demás requisitos legales.

TERCERO. Dicho recurso se presentó el 16 de abril de 2014 en el Registro del Departamento de Presidencia de la Diputación Foral de Bizkaia, en Registro del Departamento de Hacienda de la Diputación de Álava el 30 de abril, y en el Registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el día 7 de mayo.

CUARTO. Con fecha 8 de mayo el Departamento citado remitió el expediente de contratación y el informe técnico del Jefe del Servicio de Secretaría Técnica de Hacienda, Finanzas y Presupuestos a este Órgano de recursos contractuales. En dicho informe señala que a pesar de calificarse dicho recurso como de reposición procede su tramitación como recurso especial en materia de contratación, al ser el único posible. Dicha informe, no vinculante para este Órgano ni para el de contratación, estima que concurre legitimación y que está interpuesto en plazo. En cuanto al fondo señala que no procede incluir en los pliegos aspectos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores y, entre otras, el horario; también considera adecuada la calificación del contrato como no sujeto a regulación armonizada.

QUINTO. El 14 de mayo de 2014, D. F. C. P., en representación de “Gestión Tributaria Territorial, S.A.U.” presentó ante este Órgano escrito en el que se opone al recurso especial planteado por la parte recurrente, alegando que la cláusula 6.3 PPT establece la franja horaria mínima de atención al público, que cada licitador debe ofrecer en su propuesta para prestar el servicio, NO haciendo referencia al horario de la jornada laboral de los trabajadores de la plantilla, por ello dicha cláusula no puede ser objeto de impugnación. La única referencia que se hace a la palabra jornada laboral es en el sentido de conocer la distribución que el licitador



realiza al conjunto de la plantilla, con el objetivo de conocer el número de efectivos activos en horario de atención al público, a fin de garantizar la mejor calidad del servicio en la atención al contribuyente. Además considera el contrato incluido en la categoría 27 del Anexo II del Real Decreto Legislativo 3/2011, por tanto no sujeto a regulación armonizada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Constituye objeto del presente recurso, calificado de “recurso de reposición”, la calificación del contrato como de regulación no armonizada y la cláusula 6.3. PPT que ha de regir la contratación del “Servicio de colaboración en la gestión recaudatoria en periodo ejecutivo de ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni manejo o custodia de fondos públicos”, aprobado por Acuerdo del Consejo de Diputados 159/2014, de 25 de marzo.

En contra de lo señalado por la recurrente, citado contrato no está sujeto a legislación armonizada al tratarse de un contrato de servicios de los comprendidos en la categoría 27 (otros servicios) del Anexo II del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. No es un contrato incardinable en las categorías 1 a 16 de dicho Anexo ni por tanto de un contrato sujeto a regulación armonizada en los términos del artículo 16 del Real Decreto 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). Por lo tanto, se considera correcta la calificación dada al contrato.

SEGUNDO. Según el artículo 40.1 del TRLCSP serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran -entre otros- a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros. Y son actos recurribles, entre otros, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación (art. 40.2. a).

TERCERO. Es indiscutible que la voluntad de la recurrente, en su condición de Delegada de Personal de la empresa Gestión Tributaria Territorial, es la impugnación del PPT del contrato en la parte (6.3) del clausulado dedicado al horario. Por ello, comenzaremos diciendo que a tenor del art. 40.5 TRLCSP los pliegos no son susceptibles de recurso ordinario (como es el de reposición).

No obstante su inimpugnabilidad por la vía planteada, en lugar de declarar su inadmisibilidad, se ha procedido a recalificar el recurso estimando interpuesto el recurso especial en materia de contratación, cuyo conocimiento y resolución corresponde a este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales conforme a los arts. 41 TRLCSP y 2 del Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, de creación del mismo.

Como consecuencia de tal recalificación y de la tramitación seguida no procede ahora cuestionar la ausencia del anuncio previo del art. 44 TRLCSP ni tampoco, por no haberse requerido su subsanación durante la tramitación, la acreditación de la adopción del correspondiente acuerdo de los trabajadores en orden a la impugnación del citado Acuerdo del Consejo de Diputados.

Por lo tanto, se pasa a examinar la observancia del requisito del plazo para la interposición del recurso, con arreglo a la verdadera naturaleza del mismo.

CUARTO. Conforme al art. 40.2.a) TRLCSP el plazo para interponer el recurso especial contra el contenido de los pliegos será el de 15 días hábiles a partir del día siguiente a aquél en que los pliegos fueron recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento según se dispone en el art. 158 TRLCSP.



Dichos preceptos establecen dos posibilidades: 1ª) que se haya facilitado el acceso a los pliegos y a cualquier documentación complementaria por medios electrónicos, informáticos o telemáticos y 2ª) cuando no se ha producido tal acceso, se prevé que dichos pliegos se envíen a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre que la misma se haya presentado en el plazo que se determina.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 30 de octubre de 2013 al señalar que no puede sostenerse jurídicamente el criterio que mantiene, en el supuesto analizado por la Sentencia, el Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones, por varias razones que se transcriben:

A) porque es el propio anuncio el que hace constar que el Pliego puede recogerse de las oficinas, por lo que los interesados pudieron tener acceso a los mismos desde ese momento, sin que pueda alegarse desconocimiento de una publicación oficial (BOE y DOUE), o si desde luego se alega, no es jurídicamente vinculante;

B) porque la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo, ya sea la publicación o ya sea la solicitud del interesado solicitando su remisión, no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los mismos;

C) porque y enlazando con el argumento anterior, la eficacia de una norma, en este caso los pliegos, no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos, para que en este último caso se interprete la norma de manera favorable a aquél que con su actuación negligente, pasiva o abusiva impidió tomar razón de los mismos, interpretación ésta además acorde con la que en materia de obligaciones y contratos se sigue en el Código Civil artículo 1.262 y

D) por último porque el plazo de interposición del recurso es improrrogable y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor, por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio.

En definitiva, se considera que dicha interpretación, sostenida por el TCRC y diversos Tribunales contractuales, es arbitraria y contraria a derecho.

QUINTO. En el caso examinado nos hallamos ante el primer supuesto. El anuncio de la convocatoria de licitación, los pliegos y demás documentación fueron publicados en el Perfil del Contratante de la página web de la Diputación el 28 de marzo de 2014, y el anuncio en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava del día 4 de abril, fecha en la que el pliego pudo recogerse en las oficinas según se hace constar en los anuncios.

El llamado recurso de reposición se registro de entrada en la Diputación Foral de Bizkaia el 16 de abril y en el de la Diputación Foral de Álava, como órgano de contratación, el 30 de abril.

Así las cosas, para el cómputo del plazo para la interposición del recurso habrá de estarse a la presentación en este último registro, ya que según lo previsto en el art. 40. 1 y 3 TRLCSP la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o del órgano competente para la resolución del recurso, siendo así que a la fecha de presentación del recurso ante la Diputación Foral de Álava ya había transcurrido el plazo de 15 días hábiles, por lo que dicho recurso es extemporáneo.



En consecuencia, procede la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo.

SEXTO. Sin perjuicio de lo dicho sobre la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo, por el interés que la cuestión suscita y para fijar la posición de este Órgano al respecto, se pasa a efectuar una serie de consideraciones acerca de la legitimación para recurrir el apartado 6.3 de los pliegos.

No se cuestiona la legitimación de la Delegada de Personal en cuanto representante del personal de la empresa (que aunque no se acredita no tiene objeto negar ahora), porque el art 42 TRLCSP, ampliando la legitimación del ámbito de los licitadores, determina que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación “toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”. Dicho interés legítimo ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de una manera amplia, pero siempre en función de cada supuesto particular.

En el recurso que nos ocupa no se esgrime ningún derecho subjetivo, aunque se apunta –de forma somera y sin ningún esfuerzo argumental- que el tenor de la cláusula 6.3 puede incidir en su círculo de intereses laborales si no se respetan su horarios por la nueva adjudicataria. En este sentido, hay que señalar que es pacífica la doctrina que establece que las determinaciones contractuales derivadas de acuerdos (en este caso también de las sentencias judiciales firmes) entre la empresa que actualmente presta el servicio y la parte recurrente son cuestiones no enjuiciables por este órgano, ya que si bien vinculan a ambas partes, no son ni pueden entenderse o trasladarse a la nueva adjudicataria a través de los pliegos de condiciones aprobados por el órgano de contratación. El Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal de 26 de febrero de 2010 recuerda que la obligación de subrogación no tiene su origen en los documentos contractuales administrativos por cuanto éstos configuran derechos y obligaciones de carácter administrativo y no pueden contener estipulaciones que afectan a los derechos y obligaciones de terceros, como lo son en este caso los trabajadores afectos al servicios objeto de contrato. La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato administrativo, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales.

Aquí no se discute que el órgano de contratación haya cumplido la obligación prevista en el art. 120 TRLCSP de facilitar información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales y conocer de modo completo los elementos que pueden afectar a la estructura económica del contrato. A la Administración incumbe cumplir dicha obligación pero nunca imponer su alcance.

No corresponde a los pliegos de cláusulas administrativas ni técnicas hacer valer ni petrificar las condiciones laborales de los trabajadores afectos al contrato pues son derechos de índole puramente laboral que deben hacerse valer ante los órganos de la jurisdicción laboral. Además, el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores no reconoce a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la Administración como fuente para regular elementos de la relación laboral, por estar extramuros de la relación entre el adjudicatario saliente y sus empleados y la relación de éstos con el entrante, al estar en el ámbito de la contratación pública (que regula la ejecución del servicio) y no en el plano de las relaciones laborales.

De admitirse lo contrario, el órgano de contratación carecería de la facultad de establecer las condiciones de los servicios a contratar en la forma más adecuada al interés público por el que debe velar y a los servicios que debe prestar. Además, no cabe sustituir el criterio de la Administración por el particular de los interesados, máxime cuando en el caso que nos ocupa se



están haciendo juicios y previsiones sobre eventuales ataques futuros a sus condiciones de horario laboral.

Pero aun manteniendo un concepto amplio de legitimación *ad processum*, la decisión final se adoptaría en función de si existe realmente ese interés legítimo, interés en sentido propio, específico y cualificado, que equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar esta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal que la obtención de un beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética (vid. Acuerdo 1/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), y Resoluciones 89 y 277/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre muchas).

El art. 42 TRLCSP exige que los intereses legítimos se vean perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión objeto de recurso, y aquí los intereses legítimos -de verse afectados- lo serían por decisión de la empresa adjudicataria que sería cuestionable ante el orden jurisdiccional laboral y no por vía de la nulidad del apartado 6.3 de los pliegos interesada en el recurso.

Como dice el del TACPA en su Acuerdo 60/2013, de 28 de octubre, “la motivación de la legitimación, que mueve a los recurrentes a interponer el recurso, es ciertamente de una gran generalidad, y está basada en hipotéticas condiciones futuras, careciendo de la precisión y rigor necesarios, en orden a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que abren el procedimiento del recurso especial en materia de contratación. Para que pudiera considerarse que existe un interés legítimo, *la anulación de las cláusulas del PCP requeridas por los recurrentes, deberían repercutir de manera efectiva y acreditada en la esfera jurídica de los mismos, pero en ningún caso de un modo hipotético, potencial y futuro, como se deriva de sus alegaciones*. La conclusión es que los recurrentes carecen de la legitimación activa exigida para interponer el recurso especial en tanto que no acreditan el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro), que la anulación, en su caso, de las cláusulas del PCP tendría para los mismos, ni la titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica vinculada al objeto del contrato, y no a expectativas particulares o profesionales. La obtención del beneficio o evitación del perjuicio por la estimación del recurso ha de ser cierta y no meramente hipotética (Resolución 18/2013, de 17 de enero del TACRC, con cita de las SSTC 210/94, 277/88, 106/96; de las SSTS de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998 y de la Resolución del propio Tribunal 277/2011, de 16 de noviembre).

Por lo tanto, aunque concurra la legitimación *ad procesum* no puede decirse lo mismo de la legitimación *ad causam*.

Vistos los preceptos legales que resultan de aplicación.

En su virtud, previa deliberación y por unanimidad, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por D. J. L. L. I., Abogado, en nombre y representación de M. A. A. M. contra el Acuerdo del Consejo de Diputados 159/2014, de 25 de marzo, que aprobó el expediente de licitación, por procedimiento abierto, del “Servicio de colaboración en la gestión recaudatoria en periodo ejecutivo de ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni manejo o custodia de fondos públicos” con un presupuesto total del contrato de 6 millones de euros para un periodo de ejecución de 4 años.



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO. 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, LJCA) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJCA), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1. k) LJCA), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.