

Recurso 247/2017**Resolución 267/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 7 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCOR SEGURIDAD, S.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación denominada “Servicios de vigilancia y seguridad del Metropolitano de Granada” (Expte. T-MG7121/CSVO), convocado por la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Fomento y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 26 de septiembre de 2017, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 28 de septiembre de 2017, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado núm. 234; finalmente fue publicado el 29 de septiembre de 2017 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 188.



El valor estimado del contrato asciende a 6.327.279,25 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 18 de octubre de 2017 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ALCOR SEGURIDAD, S.L. (en adelante ALCOR) contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el presente procedimiento de adjudicación. En el recurso se solicita además la suspensión del procedimiento de licitación.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 19 de octubre de 2017, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que remita informe sobre el mismo y el expediente de contratación completo. Posteriormente, una vez concluido el plazo de presentación de proposiciones, se le solicitó al órgano de contratación con fecha 7 de noviembre de 2017 que remitiera un listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación solicitada fue recibida en este Tribunal, respectivamente, con fechas 23 de octubre y 14 de noviembre de 2017.

QUINTO. Mediante Resolución, de 25 de octubre de 2017, este Tribunal acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios citado en el encabezamiento de la presente resolución, según lo solicitado por la entidad recurrente.



SEXTO. Con fecha 15 de noviembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose recibido ninguna en plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»*.

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*«1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
(...)*



c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado, a su juicio, puede conculcar la legalidad vigente al regular cuestiones totalmente ajenas a la contratación administrativa. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso es el pliego de prescripciones técnicas (en



adelante PPT), por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley».

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 28 de septiembre de 2017, fecha en que se cumplió legalmente la publicidad de la licitación al anunciarse la misma en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial del Estado y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de interposición en el Registro de este Tribunal, el 18 de octubre de 2017, aquel se presentó dentro del plazo legal indicado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La entidad ALCOR vertebra su recurso con base a un único motivo de impugnación en el que combate la configuración de dos cláusulas del PPT, en concreto, la impugnación se refiere:



- A la cláusula 6.2.1. del PPT «uniformidad» en cuanto que establece: «los uniformes, se renovaran como regla general, en el plazo recogido en el Convenio del Sector».

- Y a la cláusula 7.2. «organización» del PPT que establece: «la empresa garantizará en todo momento que el servicio se presta en las condiciones contratadas de manera que el cómputo horario anual a realizar por cada vigilante no podrá exceder de las horas establecidas en el Convenio Nacional de Empresas de Seguridad».

La recurrente combate que en el PPT se hayan incorporado cláusulas que regulen la aplicación de condiciones laborales del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad privada, ya que considera que es abundante la doctrina y la jurisprudencia que se opone a la inclusión de este tipo de cláusulas en los pliegos por tratarse de un tema ajeno a la contratación administrativa y rebasar el marco de competencia de los tribunales.

A juicio de la recurrente, la introducción de estas cláusulas conculcan el contenido de los artículos 119.2, 120 y 150 del TRLCSP por los siguientes motivos:

- No se incluyen con la finalidad de facilitar información a los licitadores para que elaboren sus costes de acuerdo a la normativa laboral vigente según lo estipulado en el artículo 119.2 del TRLCSP.

- No se introducen con carácter informativo para el cálculo de los costes de personal adscrito a los servicios con derecho a subrogación, y cuyas retribuciones salariales se realicen conforme al convenio colectivo estatal conforme al artículo 120 del TRLCSP.

- Tampoco cumplen con lo estipulado en el artículo 118 del TRLCSP, para el caso de incorporar condiciones especiales de ejecución en los pliegos, pues ni son cláusulas sociales ni son compatibles con el derecho comunitario.



- Contravienen las normas laborales -el artículo 84.2 de Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores- que prevén la prioridad aplicativa del convenio de empresa, pues las mencionadas cláusulas introducen como condición obligatoria la aplicación del Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad en lo referente a la jornada de trabajo.

Por todo lo anterior, manifiesta la entidad recurrente que, si bien la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero, prevé la inclusión de determinadas cláusulas sociales en los pliegos, ello tiene ciertos límites, como son el no contradecir lo previsto en la normativa laboral aplicable por cada uno de los Estados miembros. En este sentido, considera que el órgano de contratación podrá velar por el efectivo cumplimiento del convenio colectivo pero no decidir qué convenio colectivo resulta de aplicación y es por ello que solicita se declare la nulidad de las cláusulas del PPT impugnadas.

Por otro lado, el órgano de contratación aludiendo al Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y a la Recomendación 2/2017, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias manifiesta que es posible la inclusión de condiciones especiales de ejecución en virtud de las cuales se obligue a las entidades adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos al contrato en función del convenio colectivo que resulte de aplicación, siempre que no sea discriminatorio y se respete el principio de igualdad.

Además de lo anterior, el órgano de contratación argumenta que el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante el Estatuto de los Trabajadores) dispone en su artículo 84.2 que el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto al convenio sectorial estatal en determinados



aspectos entre los que no se encuentran las materias contenidas en las cláusulas del PPT impugnadas y, es por ello, que solicita se proceda por parte de este Tribunal a la desestimación íntegra del escrito de recurso.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la cuestión, en el que se habrá de dilucidar si, como la recurrente denuncia, las dos cláusulas del PPT anteriormente reproducidas regulan condiciones laborales ajenas al ámbito de la contratación administrativa y que conculcan la normativa laboral, o si por el contrario, las mismas son ajustadas a Derecho.

Sobre esta cuestión ya ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal, así por ejemplo, en la reciente Resolución 207/2017, de 18 de octubre, donde se resuelve un recurso interpuesto por la misma entidad ahora recurrente, y se manifiesta que la anteriormente mencionada Directiva 2014/24/UE y la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante la nueva Ley de Contratos), cuya entrada en vigor se producirá el 9 de marzo de 2018, prevén la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en los pliegos bien sea como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, siempre que en uno u otro caso se hallen vinculados al objeto del contrato.

En el presente supuesto nos encontramos ante dos cláusulas del PPT que establecen determinadas condiciones de ejecución: por un lado, la cláusula 6.2.1 relativa a la uniformidad exige que: *«los uniformes, se renovarán como norma general, en el plazo recogido en el Convenio del Sector»* y la cláusula 7.2 denominada organización que: *«el cómputo horario anual a realizar por cada vigilante no podrá exceder de las horas establecidas en el Convenio Nacional de Empresas de Seguridad»*.

Al respecto, resulta claro que nos encontramos ante dos condiciones de ejecución que tendrá que cumplir el adjudicatario, debiendo respetar el plazo de renovación de los uniformes así como el máximo horario anual establecido en el Convenio colectivo estatal para empresas de seguridad. En este sentido, también



queda claro que estas condiciones de ejecución están relacionadas con el objeto del contrato en tanto que establecen cuestiones que afectan directamente al personal que va a ejecutarlo, elemento esencial en la prestación del servicio objeto del expediente de contratación.

En este sentido y como señala el órgano de contratación, el Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón llega a la conclusión de que *«la inclusión en los PCAP de condiciones especiales de ejecución en virtud de las que se obligue a las empresas adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos a los contratos en que estas se incorporan, en función del convenio colectivo que resulta de aplicación al presentarse la oferta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad»*.

Sentado lo anterior y admitido que nos encontramos ante criterios sociales materializados como condiciones de ejecución relacionadas con el objeto del contrato procede ahora analizar si las mismas conculcan la legislación laboral aplicable, como afirma la recurrente, al contravenir lo dispuesto en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre esta cuestión, procede manifestar que el mencionado precepto establece la prioridad aplicativa de las condiciones establecidas en un convenio de empresa sobre lo dispuesto en el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en la regulación de las condiciones referidas a las siguientes materias:

- «a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.*
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.*
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.*



- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.*
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.*
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.*
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2».*

De las materias anteriormente reproducidas -en las que puede tener prioridad de aplicación el convenio de empresa-, se infiere que ninguna de ellas está relacionada con la primera condición de ejecución que regula la renovación de los uniformes, por lo que no existe ningún impedimento legal en su establecimiento.

Con respecto a la segunda condición de ejecución, que establece que no se podrá rebasar el cómputo de horario anual a realizar por cada vigilante establecido en el Convenio Nacional de Empresas de Seguridad, la recurrente considera que ello entra en colisión con lo establecido en la letra c) del artículo 84.2 anteriormente reproducido en tanto se introduce en el PPT cuestiones que quedan dentro del ámbito del convenio de empresa: el horario y la distribución de tiempo de trabajo.

Por otro lado, el órgano de contratación manifiesta que no puede confundirse las condiciones sobre la distribución del horario -que sí pueden ser reguladas por el convenio de empresa- con la determinación de la jornada máxima anual que sí queda establecida en el Convenio sectorial de aplicación y fuera del ámbito de los convenio de empresa.

Para fundamentar su argumentación el órgano de contratación alude a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de los Social, de 1 de abril de 2016, donde: *«declara la inaplicación, durante la vigencia del convenio colectivo del sector de seguridad, de los contenidos del convenio colectivo de la empresa*



para los centros de Murcia y Valencia siguientes: a) el artículo 18 en cuanto fija un número de horas anuales de jornada superior al fijado como máximo en el convenio sectorial» manifestando posteriormente que: «pues ninguna de las materias está en el listado del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, que no ha sido ampliado por el convenio del sector».

Al respecto, hay que tener en cuenta que en el presente supuesto existe Sentencia de la Audiencia Nacional relativa al convenio colectivo de Alcor Seguridad, S.L., publicado en el Boletín Oficial del Estado número 170 de 17 de julio de 2015, donde entre otras cuestiones se declara inaplicable el artículo 37.1 del convenio de empresa de la recurrente en el que se regula precisamente la jornada de trabajo, también precisamente por este motivo.

Finalmente, no es cuestión baladí destacar que la nueva Ley de Contratos del Sector Público -Ley 9/2017, de 8 de noviembre-, viene a avalar la introducción de este tipo de cláusulas en los pliegos rectores de los procedimientos de contratación. En este sentido, el artículo 122 del texto legal referido establece que los PCAP incluirán: *«las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan»*, así como: *«la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación»*.

En esta misma línea pero con respecto a los PPT, el artículo 124 de la nueva Ley de Contratos establece que el órgano de contratación aprobará los documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares en los que se definirán: *«sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley»*

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho, procede la desestimación íntegra del recurso.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCOR SEGURIDAD, S.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación denominada “Servicios de vigilancia y seguridad del Metropolitano de Granada” (Expte. T-MG7121/CSVO), convocado por la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Fomento y Vivienda

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, que fue adoptada por este Tribunal en Resolución de 25 de octubre de 2017.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

