

A nosa referencia: 4 - Contratación
Expediente núm.: 2020/C004/000017
Obxecto : Documentación presentada por "Galicia Outsourcing, S.L.", para xustificación da oferta anormalmente baixa no expediente para adxudicación do Servizo de colaboración na organización de actividades/eventos deportivos e culturais ao aire libre promovidos polo Concello de Cambre durante dous anos.

INFORME

Primeiro : Con data do 25 de setembro de 2020 emitíuse informe polo coordinador de actividades culturais e educativas municipal no expediente de referencia, respecto da documentación presentada pola empresa "Galicia Outsourcing, S.L." para xustificación da súa oferta, a cal, se ben é a que obtivo a maior puntuación en aplicación dos criterios correspondentes ao **Lote nº 1** dos que integran o obxecto do contrato, se atopa en presunción de resultar anormalmente baixa, isto segundo consta na Acta da sesión da Mesa de Contratación do día 8 de setembro de 2020.

No informe emitido respecto da xustificación dos prezos ofertados, o funcionario informante conclúe que non se considera xustificada a baixa temeraria da empresa, isto **tendo en conta que a empresa aplica para o cálculo da súa oferta o II Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo e animación sociocultural**, e que esta circunstancia pode mermar a calidade do servizo, xa que os monitores que levarían a cabo as tarefas obxecto do contrato non terían que estar especializados, e tendo en conta que as funcións a realizar para cada un dos elementos que compoñen o Lote nº 1 requiren dunha formación deportiva específica que debe ser retribuída segundo o Convenio colectivo de instalacións deportivas e ximnasios da CCAA de Galicia 2016-2018, e non segundo o convenio que aplica a empresa (ocio educativo e animación sociocultural).

Indica o coordinador da área, que realizou unha valoración do importe do contrato no relativo ao persoal, aplicando os prezos establecidos no II Convenio colectivo de instalacións deportivas e ximnasios da CCAA de Galicia 2016-2018 (DOG nº 25 do 6 febreiro 2017), cun incremento do 2 % estimado para o ano 2020, tal e como consta no prego técnico e no prego de cláusulas administrativas.

Segundo : No referente ao cumprimento, por parte do persoal destinado ao servizo, dos requisitos mínimos establecidos tanto no prego de cláusulas administrativas particulares como no de Prescricións Técnicas, (Anexo IV do PCAP e cláusula Cuarta do PPT), o licitador que presente a mellor oferta será requirido para que, no prazo de sete días hábiles, achegue, entre outra documentación establecida na cláusula 17 do PCAP, a seguinte:

"17.1.11.- Acreditación de dispoñer efectivamente de los medios personales necesarios para la ejecución del contrato.

En el Anexo IV al presente pliego figura la relación de los medios personales y materiales requeridos para la ejecución del servicio, cuyo incumplimiento se considera incumplimiento de obligación esencial a los efectos previstos en el art. 211 de la LCSP, pudiendo el órgano de contratación optar, no obstante, por la imposición de penalidades en los términos de la cláusula 22 del presente pliego.

Dado que la ejecución del servicio conlleva la participación de un elevado número de personas a contratar y la utilización de medios materiales de muy diversa índole, el licitador deberá presentar, para cada lote del cual resulte

adjudicatario, los Anexos V y VII respecto al personal, y el Anexo VI respecto a los medios materiales.

Posteriormente, **tres días antes del inicio de la ejecución del servicio o actividad incluida en cada lote, el adjudicatario deberá remitir al Departamento de Contratación, a través de la sede electrónica del Ayuntamiento de Cambre, la siguiente documentación (cláusula segunda, apartado 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas):**

Respecto del personal :

- contrato de trabajo
- alta en la Seguridad Social
- copia de la titulación exigida según lo dispuesto en las especificaciones del personal
- certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales

Respecto del material:

(...)"

Para o persoal que executará o Lote nº 1, o Anexo IV.I do PCAP, e maila cláusula Cuarta do PPT contemplan unha serie de traballadores, para moitos dos cales se require **formación deportiva xeral e/ou mesmo específica** (en concreto se require formación deportiva específica para a carreira Campo a través escolar e para o descenso en piragua do Río Mero), así como **formación concreta en axedrez** (para o Torneo de axedrez escolar, na que tamén se esixe a acreditación federativa como xuíz/árbitro, e para os Torneos de verán de axedrez), ou ben o título de **salvamento/socorrista acuático** (para o Descenso en piragua do Río Mero), ou o **carnet de manipulador de alimentos** (para o servizo de avituallamento do descenso do Río Mero).

Por outra banda, e segundo establece a cláusula 19.2 do PCAP, con carácter previo ao comezo da execución do contrato, e en concreto, ao comezo do servizo ou actividade previstos en cada un dos lotes integrantes do presente expediente, **o responsable do contrato deberá comprobar que o contratista acreditou que dispón dos medios persoais e materiais adscritos ao mesmo**, e por tanto, figuran no expediente de contratación os contratos e/ou demais documentos relacionados na cláusula 17.1.11 do PCAP e cláusula Segunda apartado 10 do PPT, deixando constancia no expediente, de xeito que **a falta de presentación dalgún dos documentos, e, por tanto, de acreditación de dispoñer dos medios persoais e materiais mínimos para a prestación do servizo ou actividade previstos en cada lote, poderá dar lugar á resolución do contrato ou á imposición de penalidades** previstas na cláusula 22.2 do presente prego.

Polo tanto, o adxudicatario ten a obriga de acreditar antes do comezo da execución do contrato (en concreto, tres días antes do comezo da execución), que efectivamente dispón dos medios persoais que cumpran os requisitos mínimos esixidos tanto no referente á formación como a número de traballadores, o que deberá ser obxecto nese momento de informe por parte do responsable do contrato, e derivará nas consecuencias previstas no prego para o caso de incumprimento.

Terceiro : Á marxe da obriga do licitador proposto como adxudicatario de acreditar que dispón dos medios persoais e materiais mínimos que cumpran cos requisitos establecidos nos pregos, cómpre analizar si o posible adxudicatario ten ou non a obriga de aplicar aos traballadores destinados ao contrato o mesmo convenio colectivo que fose tido en conta pola Administración á hora de calcular o orzamento base de licitación do contrato, si a Administración pode ou non impoñer ao adxudicatario a aplicación dun determinado convenio, e si estes aspectos poden ser determinantes á hora de valorar a posible

xustificación ou non dunha oferta anormalmente baixa.

Así, sinala a cláusula 16.3.4 do PCAP, que reproduce o artigo 149.4 da Lei 9/2017 de contratos do sector público, que *“En todo caso, el órgano de contratación, previo informe de los servicios técnicos y a propuesta de la Mesa de Contratación, rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 LCSP.”*

Neste sentido, o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na súa **Resolución nº 30/2018 dictada o 12 de xaneiro de 2018 no Recurso nº 1189/2017** indica expresamente que :

*“En efecto, como ya hubiéramos expuesto en anteriores resoluciones (329/2017, de 6 de abril o la resolución 11/2017, de 13 de enero, entre otras) **“El TRLCSP no establece que la designación del convenio colectivo aplicable deba formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato. Además, una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa”.***

En este sentido, la cláusula impugnada pretende – así se afirma por el órgano de contratación-servir de información para que cada licitador lleve a cabo su cálculo de costes, teniendo en cuenta el personal a subrogar y número de horas que, respetando el Convenio Colectivo, puede realizar cada vigilante.

*Sin embargo, no existe razón alguna para que el órgano de contratación fije un número máximo anual de horas por vigilante conforme a un convenio nacional de empresa de seguridad. Ello no es procedente, especialmente si tenemos presente **que es ajeno a la normativa de contratación la concreción del convenio que resulte aplicable teniendo presente que resulta posible que el convenio aplicable al personal de las licitadoras y de la adjudicataria sea otro distinto.***

Cítanse na mencionada resolución do TACRC as alegacións da parte actora que resultan estimadas, e que, pola súa relación co asunto que nos ocupa se transcriben literalmente, constando do seguinte teor literal:

“Afirma la actora: “La incorporación al PCAP o al PPT, de “falsas cláusulas sociales” exigiendo la aplicación de las condiciones de un determinado convenio u otro, es una cuestión que ha sido ya muy debatida, no solo por los tribunales administrativos; sino también por nuestros tribunales de Justicia, siendo múltiples las resoluciones contrarias a la inclusión de estas cláusulas en los pliegos administrativos por tratarse de un tema totalmente ajeno a la contratación administrativa y rebasar el marco competencial de dichos tribunales. De ningún modo puede formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato, por rebasar el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos, como así ha manifestado el ALTO TRIBUNAL en varias resoluciones. En el caso que nos ocupa, la

introducción de dicha cláusula no cumple con lo establecido en la normativa, ni con lo estipulado en los artículos 118, 119.2 y 120 y 150 del TRLCSP, por los siguientes:

(...)

2. No se incluyen con carácter informativo para el cálculo de los costes del 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.

(...)"

Da doctrina exposta derívase que os pregos de cláusulas administrativas e prescricións técnicas poden incluír referencias a convenios colectivos de aplicación que servan, entre outras aplicacións, ao fin de calcular os custos do persoal destinado ao servizo – como así se fixo no expediente que nos ocupa-, pero isto non implica que a Administración poida impoñerlle á adxudicataria a aplicación dun determinado convenio colectivo para o persoal que destine ao contrato, por ser esta unha cuestión allea á contratación administrativa.

Neste mesmo sentido pronúnciase o Tribunal de Recursos Contractuais do Concello de Sevilla , na súa **Resolución nº 26/2020 do 10 de xullo de 2020**, na que establece que :

“La cuestión que el recurso suscita es la relativa a si pueden los pliegos de un procedimiento de contratación exigir la aplicación de un determinado convenio colectivo, alegándose por el recurrente infracción de los art. 35 y 122 LCSP, por entender que los mismos señalan la necesidad de especificar cuál es el Convenio de aplicación.

No obstante de la dicción literal de tales preceptos no se extrae tal obligación. El artículo 35 precisa las menciones o contenido necesario de los contratos, estableciendo entre éstas, la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación. Por su parte, el art. 122 dispone que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirá la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación, obligación cuya mención se incluye en el Pliego.

De los artículos citados puede extraerse que el Pliego debe consignar la obligación de cumplimiento del Convenio de aplicación, “recordar” que hay un convenio colectivo de aplicación, con unas condiciones salariales para los trabajadores, que el adjudicatario deberá cumplir, cuestión distinta es imponer la sumisión del adjudicatario a un determinado convenio colectivo. Abona esta interpretación, la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, nº 59/2017, de fecha 16 de mayo, que resuelve la cuestión aquí planteada en los siguientes términos que reproducimos, para mayor claridad, a continuación:

“Es claro que el objeto del contrato y las funciones que debe asumir el personal del contratista no tienen relación con el ámbito funcional del CISB, pues se trata de “Servicios de conserjería” (como describe la propia carátula del PCAP), sin que conste que el adjudicatario vaya a realizar actuaciones para paliar o corregir la exclusión social o para poner en marcha procesos de inclusión social, ni que sean objeto de la prestación el ocio educativo o la animación sociocultural. El hecho de que el servicio se preste en centros educativos o socioculturales no es relevante, pues ello no cualifica en ningún modo las tareas, cuya naturaleza y características en nada cambiarían si se llevaran a cabo en otros locales municipales, por ejemplo, en los que alojan los Servicios de la Hacienda local. Por lo tanto, se descarta que el CISB sea el convenio territorial generalmente aplicable a la prestación objeto del contrato, aunque pudiera serlo, en su caso, para alguna empresa concreta interesada en el contrato. Es más, no es posible que el poder adjudicador señale en los pliegos un único convenio colectivo legalmente aplicable a todos los operadores económicos (como mucho, podría señalarse un convenio sectorial de referencia). Téngase en cuenta que la

legislación laboral vigente permite que empresas del mismo sector productivo se rijan, según los casos y las materias, por convenios territoriales, de empresa (artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, ET) o “descuelgues”(artículo 82.3 del ET), de modo que el convenio aplicable a la prestación podría variar según quién fuera finalmente el contratista. Es por esa razón que el artículo 5 de la Ley 3/2016, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, se limita a establecer que los pliegos deberán incorporar la obligación de que los licitadores indiquen el convenio colectivo que será de aplicación en el caso de resultar adjudicatarios (...)

La posibilidad de que el CISB pueda ser el Convenio aplicable en virtud de la propia fuerza vinculante de los pliegos también debe descartarse. 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.”

En similares términos se pronuncian las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 708/2017 y del Tribunal de Madrid 315/2018. En ellas se destaca que “[...] es reiterada la doctrina del Tribunal que se muestra contraria a la necesidad de incluir en los pliegos exigencias relativas a la obligatoria aplicación de los convenios colectivos [...].” Y se nos recuerda que, al fin y al cabo, “una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa.»

*En la línea señalada, el Tribunal de recursos de Andalucía, Resolución 181/2018, pone de manifiesto su reiterada doctrina declarado que los pliegos regulan las relaciones de las licitadoras y a la postre adjudicatarias con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores, “ Aquellos tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y la adjudicataria y en ningún caso excluyen la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento. Sentado lo anterior, hemos de señalar que, en el supuesto que nos ocupa, los pliegos que rigen la presente licitación en ningún momento imponen la aplicación de un determinado convenio colectivo. Y ello porque, como bien es sabido, **los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinado por la normativa laboral sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación**, tal y como señalaba este Tribunal en su reciente Resolución 40/2018, de 15 de febrero.”*

En la Consulta 003/2019, la Oficina de Contratación Pública de Aragón recuerda, asimismo, que los Pliegos no pueden alterar el convenio aplicable, como así se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 107/2018 y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus resoluciones 40/2018 y 181/2018, concluyendo que «los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinado por la normativa laboral sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación».

*Se considera así, que **los pliegos no pueden exigir el cumplimiento de un cierto convenio colectivo, por tratarse de una cuestión que, en puridad, se halla extramuros de la contratación administrativa**, de modo análogo a como ocurre con la cuestión de la subrogación, (...)*

Ahora bien, tal impedimento no obsta a que, como se ha venido admitiendo doctrinalmente (entre otras, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, nº 308/2018, de fecha 3 de octubre y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nº

877/2018, de fecha 1 de octubre), los órganos de contratación puedan incluir, como criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, criterios o exigencias tendentes a garantizar el cumplimiento del convenio colectivo que, en cada caso, resulte de aplicación. (...)

(...)

Con la aprobación 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, el peso de los convenios colectivos, sin duda, ha aumentado, diluyendo en parte la tradicional desvinculación entre la Administración Pública y los convenios colectivos, sin perjuicio de lo cual los convenios colectivos y demás normas de aplicación a las relaciones entre el adjudicatario y el personal a su servicio están sujetas al ordenamiento laboral, de tal suerte, como dijera el TACRC en su resolución 1202/2017, que en nada inciden en el vínculo establecido entre la Administración y el contratista. En consecuencia, estas referencias deben ser excluidas de los Pliegos, lo que no implica, en absoluto, que no sean de aplicación, ni que en la ejecución de las prestaciones del contrato puedan soslayarse las normas laborales. Estas disposiciones regirán entre el adjudicatario y el personal a su servicio, al margen de la Administración (...)"

Tendo en conta a doutrina exposta, a mera aplicación pola entidade adxudicataria dun convenio colectivo distinto ao tido en conta polo Concello de Cambre para calcular os custos de persoal, non implica de seu que poida desbotarse a oferta presentada pola entidade. Cuestión distinta é que, tendo en conta as consideracións que constan no informe emitido polo coordinador de actividades culturais e educativas municipal, resulte que **as funcións a realizar polo persoal que se establece como mínimo necesario para a execución do Lote nº 1 dos integrantes deste contrato, e tal e como se especifica tanto no PPT como no Anexo IV do PCAP, non atopen encaixe dentro do ámbito do convenio colectivo a aplicar pola empresa, por non responder o devandito convenio ás funcións propias do obxecto do presente contrato**, circunstancia que a xuízo da funcionaria informante non queda debidamente aclarada no informe emitido.

Polo exposto, pola funcionaria informante, e sen prexuízo dos acordos que se adopten ao respecto pola Mesa de Contratación, solicítase que se complete o informe emitido con data 25/09/2020 polo coordinador de actividades culturais e educativas municipal, no sentido de :

- Xustificar técnicamente as razóns polas que o convenio colectivo de ocio educativo e animación sociocultural non pode resultar aplicable ao persoal que se destine á execución do Lote nº 1 (*servizos para a organización e realización de actividades/eventos deportivos*) dos que integran o contrato de colaboración na organización de actividades/eventos deportivos e culturais ao aire libre promovidos polo Concello de Cambre durante dous anos, exp. 2020/C004/000017, esto tendo en conta as funcións contempladas e a cualificación establecida nas categorías profesionais que consten no citado convenio, con respecto ás esixidas para o presente expediente polo PCAP e PPT.

E este é o informe que emito, que queda suxeito a calquera outro mellor fundado en Dereito.

A técnica de xestión de Administración xeral
Asdo : M^a Fernanda Montero Carré



CONCELLO
R.E.L. 01150177
C.I.F. P-1501700-G