RE 073/2013

Acuerdo 60/2013, de 28 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por treinta y siete trabajadores incluidos en la relación de personal a subrogar en el contrato, frente al procedimiento de licitación denominado «Asistencia material en la gestión que ostenta la Sociedad Ecociudad Zaragoza S.A.U. relativa a la limpieza de la red de alcantarillado», promovido por Sociedad Ecociudad Zaragoza, S.A.U.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de agosto de 2013, Sociedad Ecociudad Zaragoza, S.A.U. (en adelante Ecociudad) publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en su Perfil de Contratante, el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Asistencia material en la gestión que ostenta la Sociedad Ecociudad Zaragoza S.A.U. relativa a la limpieza de la red de alcantarillado», contrato de servicios, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 9 168 947,40 euros, IVA excluido.

Del anuncio se desprende que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 25 de septiembre de 2013. Consta en el expediente que al procedimiento se han presentado dos licitadores.

SEGUNDO.- El 9 de octubre de 2013 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Público de Aragón, recurso especial

en materia de contratación interpuesto por treinta y siete trabajadores incluidos en la relación de personal a subrogar en el contrato, contra el Pliego de Cláusulas Particulares (en adelante PCP) que rige la licitación del referido contrato.

Los recurrentes, anunciaron previamente, el 9 de octubre de 2013, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega, en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

a) Mantienen en primer lugar que como trabajadores afectados, están legitimados para interponer el recurso especial, por entender que el contenido de los pliegos afecta a sus derechos e intereses laborales, basando su pretensión en la Resolución 257/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en los Acuerdos 36 y 38/2012, de este Tribunal.
b) En segundo lugar afirman que, tal y como están configurados el PCP y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), no garantizan la viabilidad del servicio y existe un excesivo riesgo para los licitadores al redactar sus proposiciones, riesgo que podría repercutir directamente en las condiciones laborales de los recurrentes, en cuanto trabajadores de la empresa que ha venido prestando el servicio de limpieza del alcantarillado de la ciudad de Zaragoza como contratista del Ayuntamiento.
c) Argumentan que la redacción del PCP posibilita que el poder adjudicador pueda modificar el contrato sin sujetarse al

procedimiento legalmente establecido, incluso reservándose la facultad de contratar con terceros prestaciones que se encuentran incluidas en el objeto del contrato. Sostienen que esto podría afectar a los trabajadores, introduciendo desigualdades en las retribuciones salariales por la realización del mismo servicio, e incluso reducción del trabajo asignado a la empresa adjudicataria.

d) Entienden también que la documentación publicada en el perfil del contratante es incompleta, lo que supone una vulneración del principio de publicidad.

e) Sostienen, por último, que el PCP incluye aspectos económicos en la oferta técnica en lo que se refiere al tratamiento de las mejoras, debiendo declararse nulas las cláusulas relativas a las mismas, pues no se concretan los criterios de valoración ni los de distribución de la puntuación de las mejoras.

Por todo lo alegado, solicitan que se estime el recurso y se proceda a la anulación de una serie de cláusulas del PCP, nulidad que determinará la del procedimiento y la necesidad de una nueva convocatoria. Solicitan, además, que se adopte la medida cautelar de suspensión, y que si se acuerda por el Tribunal la calificación del recurso como de reposición, se admita a trámite como tal.

TERCERO.- Por Resolución 15/2013, de 10 de octubre, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por los recurrentes, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a las circunstancias que concurren en el

expediente y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

CUARTO.- El 10 de octubre de 2013, el Tribunal solicita a Ecociudad, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles**,** del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del expediente.

El 15 de octubre de 2013 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

Con esa misma fecha el Tribunal da traslado del recurso a los dos licitadores presentados al procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

QUINTO.- El 21 de octubre de 2013, D. José Oriol Morillo Cusco, en representación de AQUALOGY MEDIO AMBIENTE, S.A.U, D. Abdón Fausto Acevedo Álvarez en representación de SOCAMEX, S.A.U. y D. Sergio Lozano García en representación de IDESER, S.A.U. presentan ante este Tribunal, escrito en el que se oponen al recurso especial planteado por los recurrentes.

Alegan, en concreto, la ausencia de legitimación de los recurrentes para la interposición del recurso especial en materia de contratación, al entender que de la interpretación conjunta de los artículos 42 TRLCSP, 31.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 63 y 65 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de que existiera legitimación, ésta correspondería en todo caso al Comité de Empresa, único legitimado para ejercer

acciones judiciales y administrativas mediante acuerdo expreso adoptado por la mayoría de sus miembros.

Sostienen, además, que no queda acreditado que los recurrentes sean titulares de un derecho o interés legítimo que pueda verse afectado o perjudicado por las decisiones objeto del recurso; que las cuestiones que en el futuro se pudieran plantear derivadas del cumplimiento de los convenios son cuestiones laborales, competencia de la jurisdicción laboral; y que el resto de alegatos (modificados, mejoras, etc.) afectan a la esfera de las empresas licitadoras, pero en ningún caso a la esfera de los intereses profesionales y económicos de los propios trabajadores.

Solicitan por tanto la inadmisión del recurso por falta de legitimación de los recurrentes, o, en su caso, su desestimación, y el levantamiento de la suspensión acordada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al examen del fondo del asunto, resulta necesario examinar si los recurrentes, en cuanto que trabajadores de la empresa que ha venido prestando el servicio de limpieza del alcantarillado de la ciudad de Zaragoza como contratista del Ayuntamiento de Zaragoza, están legitimados para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Para ello, es oportuno recordar que el recurso especial en materia de contratación, que regula el TRLCSP, tiene como finalidad —ex artículo 1

TRLCSP— garantizar que la contratación del sector público se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

El recurso especial en materia de contratación, es un recurso que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cumplimiento de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

De acuerdo con el artículo primero (apartados 2 y 3) de la Directiva 2007/66, parece obvio que el recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad el garantizar la competencia entre las empresas (o cualquier persona) que tengan interés en obtener un determinado contrato.

En su trascripción literal la Directiva 2007/22 establece:

> *«2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un*

perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción»

El artículo 40 TRLCSP, que regula el recurso especial en materia de contratación, lo hace bajo una doble configuración: su carácter potestativo y su régimen jurídico de especialidad. Es decir, no es obligatoria la interposición del recurso especial en materia de contratación para poder impugnar el acto objeto de recurso en la jurisdicción contenciosa —a través del proceso contencioso-administrativo correspondiente—; y la especialidad del recurso deriva del régimen jurídico que regula su objeto, el órgano competente para su conocimiento, su ordenación y resolución.

Entre las normas que configuran la especialidad del recurso se encuentra la referente a la legitimación para recurrir. El artículo 42 TRLCSP, que transpone la Directiva referenciada, atribuye legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Este Tribunal ha mantenido, entre otros, en sus Acuerdos 36, 38 y 44/2012, que el TRLCSP ha optado por un régimen de legitimación amplio, reconociendo en su artículo 42 que estarán legitimados para la interposición del recurso todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Esto significa, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado donde es exigible como título legitimador un derecho subjetivo afectado, que basta el interés legítimo para tener legitimación procesal en vía de recurso especial. En consecuencia, la legitimación contemplada en el artículo 42 TRLCSP, no se refiere únicamente a los licitadores, sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por la decisión impugnada.

En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa para recurrir, el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, Sentencias 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 y 119/2008, de 13 octubre).

Existe, pues, un concepto amplio de legitimación para poder utilizar los mecanismos de recursos administrativos y jurisdiccionales y, por supuesto, del recurso especial en materia de contratación, siempre con

el límite de no habilitar una acción pública justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad, en tanto tal acción no encuentra en estos momentos apoyo legal. Interpretación similar es la mantenida por otros órganos de recursos contractuales. Así, las Resoluciones 89/2011, 277/2011 y 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el mismo sentido la Resolución 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Sentadas estas consideraciones generales sobre la legitimación, y teniendo presente que la legitimación debe interpretarse de forma amplia, pero siempre en función de cada supuesto en particular, dos son las cuestiones que vamos a analizar seguidamente en el recurso que nos ocupa y que son, por un lado la legitimación de los trabajadores individualmente considerados y, por otro, si el interés por ellos alegado responde al concepto de «*interés legítimo*» que se deriva de la doctrina de este Tribunal y de la Jurisprudencia analizada, concretándose por tanto dicho derecho o interés legítimo perjudicado o afectado.

SEGUNDO.- Aún manteniendo un concepto amplio de legitimación, con independencia de que el recurso sea interpuesto por los trabajadores individualmente considerados, por el comité de empresa, o por los sindicatos representativos de los trabajadores, la decisión final se va a adoptar 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. Esa es la línea doctrinal seguida por este Tribunal en su Acuerdo 1/2012, que examinaremos a continuación, y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resoluciones 89 y 277/2011.

En nuestro Acuerdo 1/2012, se analiza in extenso dicha legitimación del Comité de Empresa, examinando la relación entre el artículo 42 del TRLCSP y la regulación del Estatuto de los Trabajadores. En dicho Acuerdo se entendió que el Comité de empresa tenía legitimación para impugnar los Pliegos que habían de regir la contratación, en cuanto que de lo dispuesto en los mismos, en dicho recurso en concreto, respecto de horarios y otros aspectos relacionados con los contratos de trabajo en los que la empresa adjudicataria deberá subrogarse, podrían derivarse perjuicios en relación con las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados.

Así, en dicho Acuerdo se mantuvo que:

> *«El Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante ET) define al comité de empresa en su artículo 63, como el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, y le atribuye entre otras la competencia de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, formulando en su caso las acciones legales oportunas ante el empresario, y los organismos y tribunales competentes (artículo 64.7 ET). El artículo 65.2 ET, reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros.*
>
> *Sobre la legitimación activa de un tercero no licitador para impugnar los actos de un procedimiento de adjudicación, cabe*

traer a colación la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (en adelante TC), siempre favorable al «principio pro actione», en relación con las organizaciones representativas de los trabajadores.

El TC ha fijado en numerosas sentencias, entre las que destacan la STC 112/2004, de 12 de julio, y la STC 183/2009, de 7 de septiembre, como elementos fundamentales de su doctrina consolidada y estable sobre la legitimación activa de los sindicatos, lo siguiente:

- *Reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar las decisiones administrativas que afecten a los trabajadores.*
- *Exigencia de que esta genérica legitimación abstracta o general tenga una proyección particular sobre el objeto de los recursos, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, que en el caso de las organizaciones sindicales se concreta en la noción de interés profesional traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado.*
- *No puede oponerse al reconocimiento de la existencia del necesario interés legítimo la consideración de encontrarnos ante una materia propia de la potestad de organización de la Administración.*

En base a dicha doctrina, y por lo que se refiere al ámbito de la contratación administrativa, el Tribunal Constitucional ha reconocido legitimación activa a un sindicato para recurrir la convocatoria de concursos para la contratación de apoyo técnico informático por parte la Tesorería General de la Seguridad Social (STC 112/2004), pues el objeto del recurso intentado (la impugnación de cuatro concursos de asistencia técnica convocados por la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de labores informáticas en diferentes órganos de la misma, por entender el sindicato recurrente que con ellos se infringía el artículo 197 LCAP, incurriendo en desviación de poder, al exceder el objeto perseguido del ámbito de un contrato de asistencia técnica, así como las normas que regulan el ingreso en la función pública) está en conexión con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos, la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha rechazado la legitimación de un sindicato para la impugnación de la adjudicación de un contrato de apoyo técnico para cubrir las necesidades de asistencia técnico-administrativa en relación con la clasificación, análisis y tratamiento de documentos de la Tesorería General de la Seguridad Social (STC 183/2009), puesto que no consideró acreditado que fuera a lograr la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en caso de que se estimara la pretensión ejercida, que era la anulación de la adjudicación del contrato. Sin embargo, en esta sentencia al mismo tiempo que se negaba la legitimación para impugnar la adjudicación del contrato, se reconocía la misma en el caso de que lo impugnado hubiera sido la convocatoria. Para el TC «Tanto la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como la Sala del Tribunal Supremo consideraron acertadamente que el recurrente no justificó la existencia de un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto procesal, puesto que éste último no consistía propiamente en la anulación de la convocatoria del contrato de apoyo técnico, y con ella de la decisión de externalizar el desarrollo de esas tareas, sino, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación, de "la resolución por la que se adjudica determinado contrato de asistencia técnica, por lo que los intereses que están en juego en dicha actuación administrativa se reducen a la determinación de la empresa participante en el concurso que ha de resultar adjudicataria, en aplicación de las normas que regulan dicha contratación, sin que sea objeto de tal actividad la decisión sobre la convocatoria del contrato, su procedencia y efectos, que responden a una actuación anterior, que no es objeto del proceso ... En este caso concreto, frente a la resolución del concurso, pueden hacerse valer cuantos derechos correspondan a los participantes en relación con la adjudicación del contrato, lo que incidirá en la selección del contratista, pero no caben pronunciamientos sobre la decisión de convocar el contrato y atender de esa forma al interés público afectado por el mismo que se plasmaron en actos anteriores, que no son objeto del proceso"

La decisión de no reconocer legitimación activa para recurrir en la vía contencioso-administrativa la adjudicación de un contrato a quien sí la tenía para hacer lo propio con su convocatoria no responde a una interpretación rigorista de la norma procesal aplicable, sino a la constatación por el órgano judicial de que la pretensión ejercida por la parte recurrente, esto es, la anulación de

> *la adjudicación del contrato a una determinada empresa de las que participaron en el procedimiento de contratación, no guarda la vinculación con el interés propio del sindicato que en aquella resolución declaramos suficiente a los efectos de su legitimación procesal… ».*

Así, conviene poner de manifiesto que en la fundamentación de la legitimación del presente recurso por parte de los recurrentes se alega la Resolución 257/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pero en el párrafo transcrito se obvia la parte inicial, donde se refiere a que el reclamante es, en ese recurso en concreto, el comité de empresa de los trabajadores del aeropuerto de Málaga.

Del mismo modo, y respecto a los Acuerdos de este Tribunal alegados por los recurrentes sobre legitimación (Acuerdos 36 y 38/2012), se entendió que existía legitimación para interponer el recurso especial de una Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Estratégicos (Acuerdo 36/2012), y de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Acuerdo 38/2012), en tanto que se trataba de los representantes legítimos de los posibles licitadores y referidos a operadores económicos, empresas, o asociaciones de las mismas.

En consecuencia un grupo de trabajadores por si mismo carece de legitimación para poder interponer recurso especial, pues de lo contrario se convertiría en una acción pública, no prevista en la Ley, que exige, además, un interés legitimo vinculado a la prestación del contrato.

TERCERO.- Los recurrentes fundamentan su legitimación en que el PCP y el PPT determinan los requisitos, derechos y obligaciones de la empresa que en su día resultará adjudicataria del contrato, que podrían

repercutir directamente en las condiciones laborales de los recurrentes, en tanto que trabajadores de la empresa que ha venido prestando el servicio de limpieza del alcantarillado de la ciudad de Zaragoza, y manifiestan y aducen como derechos e intereses legítimos perjudicados:

En primer lugar, la insuficiente valoración del importe estimado del contrato, que puede traducirse en despidos o en cláusulas de descuelgue salarial; y en lo que consideran una indeterminación del objeto del contrato, que podría llevar a generar desigualdades salariales con los trabajadores subrogados y a una posible reducción del trabajo asignado a la empresa adjudicataria. Situaciones que podrían llevar a despidos o expedientes de regulación de empleo.

Esta 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.

Con base en la doctrina expuesta en los fundamentos anteriores, 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.

Por todos los motivos expuestos, este Tribunal entiende que los recurrentes carecen de legitimación para interponer el recurso especial, debiendo inadmitirse el mismo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.2 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por treinta y siete trabajadores incluidos en la relación de personal a subrogar en el contrato, frente al procedimiento de licitación denominado «Asistencia material en la gestión que ostenta la Sociedad Ecociudad Zaragoza S.A.U. relativa a la limpieza de la red de alcantarillado», promovido por Sociedad Ecociudad Zaragoza, S.A.U, por falta de legitimación de los recurrentes.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en virtud del artículo 43 del TRLCSP, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47.4 del mismo texto legal.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo 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 la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.