

**Recurso 390/2019**

**Resolución 121/2020**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 21 de mayo de 2020

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA** contra el anuncio de licitación y pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de salvamento y socorrismo para las playas de Fuengirola” convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Expte. 38/2019-CONTR), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El Diario Oficial de la Unión Europea publicó el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, el 24 de septiembre de 2019 e información complementaria de la licitación relativa a los anexos informativos de planos de las distintas playas, el 8 de octubre de 2019. El anuncio de licitación se publicó, asimismo, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de septiembre de 2019.

El valor estimado del contrato asciende a 2.417.882,88 euros.



**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** El 11 de octubre de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (AEDA, en adelante) contra el anuncio y pliegos de la contratación referida. Del citado escrito se dio traslado al órgano de contratación mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 15 de octubre de 2019 en el que se le reclamaba, igualmente, el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar solicitada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Consta en el expediente del recurso la citada documentación remitida por el órgano de contratación.

**CUARTO.** El 24 de octubre de 2019, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

**QUINTO.** Mediante escrito de 7 de noviembre de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al único licitador que participó en el procedimiento, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se hayan recibido las mismas en el citado plazo.

**SEXTO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes



al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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.

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento de Fuengirola ha remitido el expediente de contratación y, si bien no ha declarado de manera expresa que carezca de órgano propio para resolver el recurso, en su informe sobre el mismo se dirige a este Tribunal calificándolo como competente para dictar resolución. Ello, unido a la mencionada remisión de la documentación relativa al recurso, pone de manifiesto que no dispone de tal órgano propio, lo que determina que corresponda a este Tribunal la resolución del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto: *“En caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se*



*hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

*Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».*

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, AEDA impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la asociación recurrente conforme a sus estatutos, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.



**TERCERO.** El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 a) y b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.*

*b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.*

El anuncio de licitación fue publicado el 22 de septiembre de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, facilitando el mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, el recurso presentado el 11 de octubre de 2019 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto en el plazo legal.

**QUINTO.** Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede su examen. AEDA solicita la anulación de la licitación convocada por estimar que los pliegos que la rigen incurren en determinadas infracciones legales. Funda su pretensión en tres alegatos que se examinarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, esgrime que el presupuesto de licitación está por debajo del coste de mercado y del coste salarial del convenio colectivo del sector. En este sentido, manifiesta que el precio del contrato se ha calculado teniendo en cuenta solamente los costes de personal para el primer año, sin tomar en consideración los incrementos ya previstos para el resto de años del contrato: un 3% de incremento para el



segundo año, un 3,1% más acumulado para el tercero y un 3,1% más acumulado para el cuarto, lo que significa un 9,27% de incremento para 2023. Sus cálculos al efecto son los siguientes:

- Primer año: 604.470,72 euros.
- Segundo año: 622.604,84 euros (con el 3% de incremento)
- Tercer año: 641.282, 98 euros (con el 3% del importe acumulado del segundo año)
- Cuarto año: 660.521,47 euros (con el 3% del importe acumulado del tercer año).

Así pues, concluye que el importe total del contrato debió ser, al menos, de 2.528.880,02 euros, muy por encima de la cantidad de 2.417.882,88 euros prevista para los dos años de duración del contrato y sus dos eventuales prórrogas; y ello, sin tener en cuenta que *“sería necesario o al menos conveniente actualizar cada año el 6% previsto para gastos generales y beneficio”*. Por tanto, concluye que se ha infringido en la fijación del presupuesto lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se alza contra el motivo expuesto alegando las siguientes razones:

1. El presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato se han calculado conforme previenen los artículos 100 y siguientes de la LCSP. Para ello, se han fijado los costes salariales aplicando tanto el IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, con un ámbito temporal desde 1 de enero de 2018 hasta el día 31 de diciembre de 2019 prorrogable expresa o tácitamente por periodos anuales, como las tablas salariales para el año 2019 del citado convenio colectivo registradas y publicadas mediante Resolución, de 11 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo.

2. La recurrente efectúa una aplicación errónea de lo dispuesto en el artículo 36 del convenio colectivo *“Incrementos salariales”* cuyo tenor es el siguiente:

*“Las tablas salariales de aplicación desde el uno de enero de 2018 quedan reflejadas en el anexo 1 de este Convenio.*

*Las tablas salariales de aplicación durante el año 2019 serán las que resulten de aplicar el IPC más el 1 % a las establecidas para el año 2018. No obstante, se garantiza que el*



*incremento, antes señalado, nunca podrá ser inferior al 2,2 % ni superior al 3 %, con independencia del resultado de aplicar la fórmula del cálculo del incremento pactado. Los efectos económicos resultantes tendrán vigencia a partir del uno de enero de 2019. La comisión negociadora se emplaza a reunirse en el mes de enero del año 2019 al objeto de establecer las tablas salariales para ese año.*

*Para cada uno de los siguientes años de vigencia del presente convenio o de sus prórrogas se establece, con fecha de efectos del 1 de enero de cada año, un incremento del régimen retributivo tanto salarial como extrasalarial, igual al IPC real del año inmediatamente anterior más un 0,50 %. Se exceptúan de este incremento las dietas y kilometraje.*

*El citado incremento salarial se aplicará con efecto de 1 de enero. A tal fin, la comisión negociadora se reunirá anualmente en el mes de enero, para proceder al cálculo y publicación de las tablas salariales anuales. Si transcurridos tres meses dichas tablas no hubiesen sido publicadas las subidas redactadas en el presente artículo serán de aplicación inmediata”.*

El órgano de contratación manifiesta que AEDA ha efectuado un cálculo erróneo de los incrementos de costes salariales para los ejercicios 2020 y siguientes del contrato. Considera que la correcta aplicación del artículo transcrito del convenio lleva a los siguientes resultados:

- Los costes salariales de referencia son los del ejercicio 2019, es decir, los actualizados conforme a las subidas establecidas en las tablas salariales para el año 2019 publicadas por Resolución, de 11 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo; por consiguiente, publicadas dichas tablas no resulta de aplicación para el ejercicio 2019 los incrementos previstos en el párrafo 2º del artículo 36 de convenio por así disponerlo el párrafo 4º in fine.

- Los incrementos retributivos o revisiones de las tablas salariales (en defecto de publicación de nuevas tablas salariales), para los ejercicios 2020 y siguientes se han de calcular según la fórmula prevista en el tercer párrafo del reseñado artículo, es decir, aplicando el IPC real del año inmediatamente anterior, más



un 0,50%, y no como lo efectúa la entidad recurrente que aplica un 3,1% acumulado para cada uno de los ejercicios del contrato. Por consiguiente, los costes salariales de los ejercicios 2020 y siguientes, deberían calcularse sobre las tablas salariales del 2019 incrementadas en el IPC del correspondiente ejercicio anterior más el 0,50%.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ayuntamiento ha calculado los costes salariales del presupuesto aplicando las tablas establecidas para el año 2019, aumentadas un 3%. Este incremento del 3% absorbe por exceso el resultante de aplicar el IPC más el 0,50%; IPC que se estima (a falta de datos oficiales definitivos) en el 0,8 % para el año 2019, en el 1,1% para el año 2020 y en el 1,5% para el año 2021.

Concluye, pues, el órgano de contratación que los argumentos de la recurrente no permiten sostener ni constatar la afirmación de que el presupuesto del contrato está por debajo de los costes salariales del convenio del sector, a lo que se une que la referencia básica para que los licitadores realicen su oferta económica es el presupuesto base de licitación que se calcula sin incluir las eventuales prórrogas.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia se centra en determinar si el presupuesto base de licitación cubre o no los costes laborales del contrato conforme al convenio colectivo del sector y, en definitiva, si se ajusta a lo establecido en el artículo 100 apartados 1 y 2 de la LCSP, precepto que se estima infringido por la recurrente y cuyo tenor es *“1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.*

*2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”*



Es un extremo no controvertido y, asimismo, reconocido en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que para el cálculo de los costes laborales del contrato resulta de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios (Boletín Oficial del Estado n.º 141 de 11 de junio de 2018) y la Resolución de 11 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registran y publican las tablas salariales para el año 2019 del citado convenio colectivo (Boletín Oficial del Estado n.º 45 de 21 de febrero de 2019)

El Anexo I del PCAP prevé que el contrato de servicios examinado tiene un periodo de duración de dos años desde su formalización, pudiendo prorrogarse anualmente por dos años más. En concreto, el Anexo IV del citado pliego establece que *“el servicio se prestará durante los años 2020-2021 (y si existen prórrogas, también estará vigente en los años 2022-2023)”*. Asimismo, es el artículo 36 del convenio colectivo -que anteriormente se ha transcrito- el que regula los incrementos salariales para los distintos años de vigencia de dicho convenio.

Pues bien, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, los costes salariales de referencia para el contrato examinado son los del ejercicio 2019 con las subidas ya establecidas en las tablas salariales para dicho año publicadas por la Resolución, de 11 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo.

Partiendo de esta base, el artículo 36 del convenio colectivo dispone que *“Para cada uno de los siguientes años de vigencia del presente convenio o de sus prórrogas se establece, con fecha de efectos del 1 de enero de cada año, un incremento del régimen retributivo tanto salarial como extrasalarial, igual al IPC real del año inmediatamente anterior más un 0,50 %. Se exceptúan de este incremento las dietas y kilometraje”*. Ello supone aplicar en los años 2020 y siguientes un incremento retributivo igual al IPC del año anterior más un 0,50%, si bien consta, tanto en el Anexo IV del PCAP como en el informe justificativo del contrato obrante en el expediente, que *“Dado que el servicio se prestará durante los años 2020-2021 (y si existen prórrogas, también estará vigente en los años 2022-2023), a las tablas salariales publicadas del año 2019 se le ha incrementado un 3% para el cálculo del coste hora”*.

A la vista de lo anterior es bastante previsible, como señala el órgano de contratación, que este incremento del 3% absorba por exceso el resultante de aplicar el previsto en el convenio (IPC más el 0,50%) -en



particular durante el plazo de ejecución del contrato de 2 años a los que el presupuesto base de licitación da cobertura- y, en cualquier caso, lo que no parece razonable es el cálculo efectuado por la recurrente que, apartándose del citado incremento regulado en el convenio, pretende que se apliquen unos incrementos sucesivos y acumulados para el segundo, tercer y cuarto año de duración máxima del contrato (incluidas prórrogas) del 3% en el segundo año y 3,1% en los años tercero y cuarto, los cuales en modo alguno resultan de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación.

Es por ello que el alegato de AEDA de insuficiencia del presupuesto para cubrir costes salariales del convenio debe ser desestimado, y ello, a la luz de los propios cálculos efectuados en el recurso que, como hemos indicado, se apartan de la regulación establecida en el convenio del sector. Por último, en la medida que tanto el informe justificativo de la contratación como el Anexo IV del PCAP establecen el desglose de costes en que se descompone el presupuesto de licitación, incluyendo una partida del 6% en concepto de “gastos generales y beneficio industrial” y que dicha partida se mantiene durante la vigencia del contrato sin que su actualización en los términos solicitados en el recurso haya sido fundamentada por AEDA, no puede acogerse tampoco la denunciada infracción por tal motivo del artículo 100 de la LCSP.

**SEXTO.** En un segundo motivo, AEDA impugna el apartado 44 de la cláusula 7 del pliego de condiciones técnicas (PPT) conforme al cual *“El personal adscrito al servicio de salvamento y socorrismo en Fuengirola, no podrá prestar el servicio en otro municipio, en cuyo caso, esta Administración Local iniciará de oficio un expediente sancionador a la empresa adjudicataria”.*

La recurrente señala que esta cláusula de exclusividad infringe el Estatuto de los trabajadores, así como los derechos de trabajadores y empleadores, y que, en caso de exigirse tal exclusividad, habría que abonar un *plus ad hoc* previsto en el convenio que aumentaría aún más los costes y el precio de la licitación. A su juicio, supone una incursión en la política laboral de la empresa.

Frente al motivo expuesto se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que la adscripción al servicio con carácter exclusivo de los medios personales que se establecen en el PPT se limita al periodo de ejecución material del servicio y responde a la necesidad de garantizar durante su desarrollo el cumplimiento de las determinaciones del PPT en cuanto a horarios (cláusula 4ª) y al número o dotación de personal a emplear en su ejecución, que de suyo impiden o dificultan que dicho personal



pueda dedicarse paralelamente a la prestación de otros servicios ajenos al contrato sin vulneración de la jornada laboral máxima.

A ello se suma, continúa indicando el órgano de contratación, que los apartados 1 y 2 de la cláusula 7 del PPT exigen al adjudicatario un listado nominal de personas para la prestación del servicio que ocupen los 46 puestos de trabajo de forma diaria y simultánea con indicación de la playa donde estén asignadas.

Así pues, el informe al recurso señala que la obligación impuesta al adjudicatario por la cláusula impugnada constituye una solución técnica en beneficio y mejora del control, seguimiento, calidad y eficacia del servicio y de su adecuado cumplimiento, además de resultar necesaria y coherente con las propias exigencias de horarios, jornada y personal establecidas en el PPT, siendo todo ello el resultado de la libertad del órgano de contratación a la hora de diseñar y configurar la prestación conforme a las necesidades que demanda el servicio dentro de los márgenes permisibles de la discrecionalidad técnica y el respeto de la legalidad.

De este modo, concluye que la medida no supone injerencia indebida en la política laboral de la empresa o en su autonomía, pues no afecta a la plantilla ni a su organización, ni repercute en dicha gestión; se trata de una condición relacionada con el modo de prestar un servicio que afecta al personal adscrito al mismo y cuyo cumplimiento está al alcance de cualquier operador económico, sin perjuicio y al margen de criterios internos de conveniencia empresarial con los que, como es el caso, se pretende sustituir la voluntad de la Administración en la determinación de las necesidades del contrato.

Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

Con carácter previo, hemos de indicar que el motivo esgrimido por la recurrente es genérico, impreciso e incluso contradictorio. Así pues, AEDA aduce que la cláusula impugnada supone una exclusividad de los trabajadores al servicio que infringe el Estatuto de los Trabajadores y los derechos de estos y de los empleadores, pero no concreta qué normas son las infringidas ni qué derechos son los vulnerados. Además, si la recurrente estima que la cláusula es ilegal no puede acto seguido esgrimir que, en caso de exigirse exclusividad, habría que abonar un plus *ad hoc* previsto en el convenio que encarecería en última instancia el precio de licitación, puesto que la previsión del pliego no puede estar proscrita legalmente y, a



su vez, ser viable siempre que se retribuya la prestación de servicios en las condiciones estipuladas en el convenio colectivo de aplicación, sin que, además, la recurrente cite en qué apartado del convenio se regula el mencionado plus.

En cualquier caso, entrando a analizar la legalidad de la cláusula, no se aprecia *a priori* la injerencia denunciada en la política laboral de la empresa adjudicataria. La legislación laboral reconoce al empresario la facultad de organización y dirección de la actividad de su empresa pudiendo impartir órdenes e instrucciones a sus trabajadores, así como proceder a realizar algunas modificaciones en el contenido del contrato de trabajo siempre que estas no excedan de los límites establecidos legalmente o por convenio colectivo. Se trata del denominado “poder de dirección del empresario” a que se refieren los artículos 5 c) y 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, conocido también como ius variandi común en tanto que facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar modificaciones sustanciales a que se refiere el artículo 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Así lo viene declarando la doctrina del Tribunal Supremo y entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social de 12 de marzo de 2019 (ROJ: STS 1064/2019).

Ahora bien, los pliegos están llamados únicamente a definir la relación entre Administración y adjudicataria, siendo ajenos a las relaciones laborales de la empresa contratista con sus trabajadores. Como señala la Resolución 652/2017, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <<(…) este Tribunal tiene reiteradamente declarado que el pliego regula las relaciones de los licitadores y a la postre adjudicatarios con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores, por todas, la Resolución n.º 891/2014, de 5 de diciembre de 2014 señala que “...los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y el adjudicatario, documento que en ningún caso excluye 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”>> .

En el marco de la anterior consideración es como debe analizarse el contenido de la cláusula impugnada, la cual se inserta en un apartado del PPT relativo a las obligaciones del adjudicatario donde, *a priori*, no se observa intervención de la Administración municipal en el ámbito de las relaciones laborales del futuro contratista con sus trabajadores, sino más bien condiciones o requerimientos a cumplir por aquel para



garantizar una adecuada prestación del servicio en los términos configurados en los pliegos y de este modo satisfacer una necesidad pública que repercute directamente en los ciudadanos.

En este sentido, como indica el órgano de contratación en su informe al recurso, la previsión de que el personal adscrito al contrato no pueda prestar el servicio en otro municipio constituye una solución técnica en beneficio y mejora del control, seguimiento, calidad y eficacia del servicio, siendo por otro lado una estipulación necesaria y coherente con las exigencias de horario, jornada y personal establecidas en el PPT (cláusulas 5 y 7).

En el modo expuesto se ha venido pronunciando también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 652/2017, de 14 de julio y 514/2018, de 25 de mayo. Así, en la primera de ellas, señalaba que *“(...) por lo que respecta al horario, es obvio que la prestación del servicio debe acomodarse a las necesidades del Organismo contratante, a atender por el personal que pueda resultar preciso, al margen de los ajustes que puedan ser necesarios en el seno de la empresa contratista para respetar el horario que legal o convencionalmente corresponda a sus trabajadores en el marco de su relación laboral, algo en lo que de por sí no incide la cláusula cuestionada. De otra parte, y por lo que hace a la separación del servicio y a los cambios de personal, se trata de medidas con exclusiva incidencia en la relación con la empresa contratista, sin repercusión sobre la relación laboral de ésta con los trabajadores que pudieran resultar afectados, siendo de pura lógica reconocer a Adif en el marco de la relación contractual la posibilidad de exigir que la prestación del servicio se desarrolle por personal adecuado, al margen de las consecuencias que, ya en el ámbito estricto de la relación laboral entre empresa contratista y trabajador, pudiera conllevar el desempeño profesional de éste, lo cual, obvio es decirlo, no viene predeterminado por la decisión que pueda adoptar el Organismo contratante, cuya apreciación puede o no ser compartida, en su ámbito interno, por la empresa contratista. Tampoco se ve en modo alguno concernido, en fin, ni el poder directivo de ésta ni el derecho de participación de los trabajadores en su seno”*.

Con base en cuanto se ha razonado, y a falta de alguna argumentación jurídica por parte de AEDA que avale que el contenido de la cláusula impugnada supone injerencia en el ámbito de relación entre el contratista y sus trabajadores, el motivo debe ser desestimado.



**SÉPTIMO.** Por último AEDA impugna el apartado 4 de la cláusula 7 del PPT conforme al cual *“Previamente al inicio de la actividad todos los botiquines deberán disponer de la correspondiente autorización de funcionamiento expedida por la Consejería de Salud o por Órgano administrativo competente”*.

Señala que tal previsión es de imposible cumplimiento porque los botiquines no cumplen los requisitos necesarios para la obtención de dicha autorización al carecer de la superficie mínima que, conforme al artículo 25 de la Ley de Farmacia de Andalucía, es de 85 metros cuadrados por local. Por este motivo, indica que la citada autorización ya se ha denegado anteriormente por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, lo que conoce la Administración convocante pues los locales que se pretenden autorizar y legalizar son de su titularidad.

Concluye la recurrente que esta exigencia del PPT sería una previsión a cumplir por la Administración contratante y en cualquier caso el pliego debería matizar que el contratista legalizara los locales siempre que los mismos reúnan los requisitos necesarios establecidos en la legislación vigente.

El órgano de contratación opone que debe rechazarse la consideración de obligación imposible que esgrime la recurrente respecto de la cláusula impugnada. En tal sentido, manifiesta que el requisito técnico de superficie mínima establecido en el artículo 25 de la Ley de Farmacia de Andalucía solo afecta a las oficinas de farmacia y no a los botiquines farmacéuticos definidos en el artículo 2 del citado texto legal, cuyos requisitos y procedimientos de autorización se rigen por otras normas.

De este modo, el informe al recurso señala que tanto el botiquín del centro de coordinación como los restantes módulos de salvamento y socorrismo (en total 5 módulos) se rigen por el protocolo de botiquines de playa, inspeccionados por el equipo provincial de Inspección de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, conforme a lo dispuesto en el Decreto 16/1994, de 25 de enero, sobre Autorización y Registro de Centros y Establecimientos Sanitarios de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las Bases Generales sobre Autorización de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, y el Decreto 69/2008, de 26 de febrero, por el que se establecen los Procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y se crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios.



En concreto, el órgano de contratación señala que de la regulación contenida en el Decreto 69/2008, de 26 de febrero, se desprende que, a efectos de la obtención de la autorización administrativa sanitaria pertinente, no se requiere una superficie mínima para el funcionamiento de los centros regulados en el mismo, sino la justificación de que el espacio sea suficiente para el desarrollo de la actividad asistencial que constituya su objeto.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En primer lugar, debe aclararse que, conforme al PPT, los botiquines con todos los fungibles y medicamentos necesarios forman parte de los módulos que el Ayuntamiento cede para el correcto desarrollo del servicio. Así se desprende de las cláusulas del PPT siguientes:

- 6.1 *“Para el correcto desarrollo del servicio de Salvamento y Socorrismo, el Ayuntamiento de Fuengirola cederá el siguiente material, que estará perfectamente instalado en la playa:*

*- 5 módulos de salvamento y socorrismo: 1 centro de Coordinación y 4 módulos de salvamento ( sin mobiliario)*

*- 10 torretas de vigilancia”*

- 6.2.1 *“El mobiliario tanto del Centro de Coordinación como de los módulos de salvamento, que sean necesarios para la correcta realización del servicio serán aportados por la empresa adjudicataria.*

*Dentro de este equipamiento se recoge tanto las mesas, sillas, camillas de reconocimiento con papel continuo de un solo uso o material desinfectante para la camilla, biombo para separar espacios, neveras, microondas o termo para calentar con agua, lámparas, lupas de aumento, contenedor de residuos sanitarios,..., así como el material que forma parte de los botiquines con todos los fungibles y medicamentos necesarios”.*

Asimismo, el Anexo 3 del PPT se refiere, entre otras, a las funciones del personal sanitario. En concreto, menciona (i) un médico como responsable de la asistencia sanitaria que coordinará las actuaciones del personal de enfermería y prestará servicio en el botiquín central o centro de coordinación y (ii) personal de enfermería como responsable de la actualización y renovación del contenido de cada botiquín con supervisión del facultativo, tanto del situado en cada uno de los módulos como del centro de coordinación, así como del mini-botiquín personal de los socorristas.

Por último, los apartados 6.2.1.1 y 6.2.1.2 del PPT se refieren, respectivamente, al contenido del botiquín del centro de coordinación y de los cuatro módulos de salvamento, todos los cuales incluyen determinado



material sanitario y de farmacia y, además, el centro de coordinación contiene instrumental quirúrgico básico y determinados medicamentos.

El clausulado anterior obliga a entender que la cláusula 7.4 del PPT impugnada, cuando se refiere a la correspondiente autorización de funcionamiento de los botiquines, lo hace con relación al contenido de los botiquines instalados por el adjudicatario en los correspondientes módulos cedidos por la Administración municipal; razón por la que la autorización sanitaria pertinente nunca podría ser una exigencia a cumplir por el Ayuntamiento, como pretende la recurrente en su escrito.

En este contexto, tampoco puede acogerse el alegato de AEDA de que la cláusula impugnada es de imposible cumplimiento porque los botiquines carecen de la superficie mínima necesaria (85 metros cuadrados por local) establecida en el artículo 25 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía para la obtención de la autorización de funcionamiento. El citado precepto solo se refiere a las oficinas de farmacia y no resulta de aplicación al supuesto enjuiciado. Dice así: *“1. A fin de prestar una asistencia farmacéutica correcta, las oficinas de farmacia deberán disponer del espacio, distribución de las áreas de trabajo, del equipamiento y de las condiciones higiénico-sanitarias necesarias.*

*2. La superficie útil y mínima de los locales de oficinas de farmacia será de ochenta y cinco metros cuadrados, siendo la planta de acceso a la vía pública de treinta y cinco metros cuadrados, como mínimo. En el caso de oficinas de farmacia ubicadas en municipios o conjunto de viviendas asentadas en una o varias urbanizaciones en los términos definidos en el apartado ñ) del artículo 2, con una población inferior a 1.000 habitantes, será suficiente una superficie útil total de sesenta metros cuadrados, con treinta metros cuadrados como mínimo en la planta de acceso a la vía pública”.*

En el informe al recurso, el órgano de contratación cita dos decretos autonómicos que resultan de aplicación al caso. En concreto, hemos de estar al último de ellos, el Decreto 69/2008, de 26 de febrero, por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y se crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, cuyo objeto, conforme a su artículo 1, es establecer los requisitos y el procedimiento para la autorización sanitaria de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como crear el Registro Andaluz de centros, servicios y establecimientos Sanitarios, en desarrollo de la normativa básica contenida en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre.



En concreto, el Anexo I del Decreto citado efectúa una clasificación de los centros, servicios y establecimientos incluidos en su ámbito de aplicación, a los efectos de la correspondiente inscripción en el Registro de Centros, servicios y establecimientos sanitarios. En la citada clasificación figuran los botiquines como establecimientos sanitarios sujetos a inscripción, previa obtención de la autorización correspondiente.

Por consiguiente, la cláusula 7.4 del PPT impugnada, en cuanto exige que previamente al inicio de la actividad todos los botiquines cuenten con la correspondiente autorización de funcionamiento expedida por la Consejería de Salud u Órgano administrativo competente, no resulta ilegal ni de imposible cumplimiento a juicio de este Tribunal. Al contrario, lo extraño e ilógico sería que, habida cuenta del contenido de dichos botiquines cuya utilización corresponde al personal sanitario descrito en los pliegos, los mismos no reunieran la condición de establecimientos sanitarios a los efectos del Decreto autonómico antes señalado.

El motivo debe, pues, desestimarse.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de salvamento y socorrismo para las playas de Fuengirola” convocado por el Ayuntamiento de de Fuengirola (Expte. 38/2019-CONTR).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 24 de octubre de 2019.

**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 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

