Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 90/2024

Acuerdo 97/2024, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L." y "CASEF HEALTHCARE, S.L." frente al acuerdo por el que se declara retirada la oferta de las recurrentes en el procedimiento de licitación denominado «Servicio de extracciones en hemodonaciones externas para la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos», promovido por esa Entidad Pública.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de mayo de 2024 fue enviado –para su publicación- al Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio relativo a la licitación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio, así como los pliegos que rigen el contrato fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP) el día 16 de mayo siguiente. Según figura en los mismos, la fecha límite de presentación de proposiciones finalizaba el día 21 de junio de 2024.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto ordinario, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 5 045 470,10 euros, IVA excluido.

Segundo.- Por lo que a este acuerdo interesa, la Mesa de contratación elevó, propuesta de adjudicación del contrato a favor de las licitadoras, ahora recurrentes, "IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L." y "CASEF HEALTCARE, S.L." que habían concurrido a la licitación en compromiso de constitución de unión temporal de empresas (en adelante "la UTE"), tras lo cual les fue requerida, en fecha 29 de julio de 2024, la documentación justificativa previa a la adjudicación que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato establece en su cláusula 2.3.2. así como la establecida en los Anexos IV y V del mismo PCAP que

recogen los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional y la acreditación de la disposición de los medios personales y/o materiales, otorgándoles a tal efecto, diez días hábiles para su presentación.

Tercero.- El día 23 de agosto de 2024, la Mesa de contratación se reunió para el examen de la documentación aportada por la UTE propuesta como adjudicataria. Según figura en el acta levantada al efecto:

"Con fecha 29 de julio se requirió. a la empresa que había resultado propuesta como adjudicataria IVEMON AMBULANCIA EGARA, S.L. (B08923963) y CASEF HEALTHCARE, S.L. (B049999438) en compromiso de constitución de unión temporal de empresas UTE EGARA-CASEF para que presentar la documentación exigida en los citados pliegos.
Dentro del plazo establecido al efecto se recibe la documentación. Verificada la documentación aportada, la Mesa aprecia que no se han aportado determinados documentos que sirven para acreditar la representación, la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, la acreditación de la actividad sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas, la efectiva disposición de medios del Anexo V del PCAP, la obligación legal de reserva de empleo a personas con discapacidad y la obligación de disponer de un plan de igualdad.
Por ello, se le concedió un nuevo plazo de 3 días naturales para completar la documentación que ya había sido solicitada.
Agotado el plazo, la Mesa de contratación constata que la empresa propuesta como adjudicataria no ha acreditado la efectiva adscripción obligatoria de medios personales al contrato prevista en el Anexo V del PCAP."

En el mismo acto, la Mesa de contratación acordó proponer al Órgano de Contratación considerar retirada la oferta de IVEMON AMBULANCIA EGARA, S.L. y CASEF HEALTHCARE, S.L. y proceder a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que habían quedado clasificadas las ofertas.

El acta extendida para reflejar lo acaecido en dicho acto se publicó en la PCSP el día 28 de agosto siguiente.

Cuarto.- Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Banco de Sangre y Tejidos, de 28 de agosto de 2024, se acordó considerar retirada la oferta de las ahora recurrentes. Dicha Resolución fue notificada a los interesados en esa misma fecha.

Quinto.- Con fecha 18 de septiembre de 2024 ante el Registro de este Tribunal, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación en nombre y representación de las mercantiles "IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L." y "CASEF HEALTHCARE, S.L.", frente al acuerdo por el que se declara retirada su oferta del procedimiento.

Sexto.- Una vez recibido el recurso, el día 19 de septiembre de 2024 este Tribunal requirió a la actora la subsanación de la documentación que acompañaba al escrito de recurso, en lo concerniente a la falta de aportación de la documentación que acreditara la representación de la mercantil "IVEMON AMBULANCIAS EGARA". El requerimiento fue atendido el mismo día 19 de septiembre.

Séptimo.- El día 20 de septiembre de 2024, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente de contratación completo y el informe al que alude el artículo 56.2 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 (en adelante, LCSP). La documentación requerida se recibió el día 27 de septiembre siguiente. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto e interesaba de este Tribunal la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento en tanto se produzca la resolución del mismo.

Octavo.- .Mediante nuestra Resolución 28/2024, de 30 de septiembre, se acordó la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento.

Noveno.- El día 30 de septiembre de 2024 se dio traslado a la otra licitadora del procedimiento, "UTE MAIZ-GESTIÓN SANITARIA DE ARAGÓN" otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP quien presentó sus alegaciones en plazo, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-COMPETENCIA

La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 118 de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante LUECPA)

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN

Se acredita en el expediente la legitimación de “IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L.” y “CASEF HEALTHCARE, S.L.” para interponer el recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por ser entidad mercantil que ha sido licitadora en el contrato de referencia, resultando que el acuerdo del órgano de contratación por el cual se considerada retirada su oferta equivale a una exclusión procedimiento. El recurso ha sido presentado por representante legal, aportando poder suficiente.

TERCERO.- PLAZO, LUGAR Y FORMA

Se han cumplido las prescripciones que, en relación con el plazo, lugar y forma de presentación del recurso, se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y en el artículo 128 de la LUECPA.

CUARTO. ACTO RECURRIDO. HECHOS RELEVANTES

Queda igualmente acreditado que el recurso se ha interpuesto contra contrato y actuación susceptible de impugnación ex artículo 44.1 a) y 44.2.b) de la LCSP, dado que se recurre un acto de exclusión (tener por retirada la oferta del propuesto como

adjudicatario) de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a cien mil de euros.

Para la decisión del presente recurso, resulta necesario destacar los siguientes **hechos**:

I.- Según obra en el expediente, en fecha 1 de agosto de 2024, la UTE remite email al órgano de contratación, en el que, por lo que al Acuerdo interesa, pregunta: "*Y por lo que respecta al personal, en caso de subrogar al personal que viene prestando el servicio ¿debemos aportar ahora alguna documentación?",* recibiendo respuesta del órgano de contratación el 5 de agosto en el siguiente sentido: "*en cuanto al personal, tienen que presentar una declaración con el compromiso de subrogación, si al personal lo subrogan en el momento mismo de iniciarse el contrato, deberán presentar la documentación en este momento. Sino, lo deberán acreditar en el momento en que se produzca la subrogación*."

La UTE presenta diversa documentación entre la que constaba declaración responsable en este sentido: "*Los Sres. xxx , con DNI xxx y D. xxx, con DNIxxx, actuando en representación de la empresa IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L., con CIF xxx, conjuntamente con el Sr.xxx, con DNI xxx, actuando en representación de la empresa CASEF HEALTHCARE, S.L., con CIF B04999348*

Declaran bajo su responsabilidad:

Que se comprometen, por medio del presente documento y de conformidad con el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal de empresas en caso de resultar adjudicatarios del contrato, a subrogar al personal que actualmente viene prestando el servicio con carácter previo a la ejecución del mismo, así como al Sr. Xxxx (conductor), quien actualmente presta sus servicios para la empresa IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L.

Y para que conste y surta los efectos oportunos, se expide y firma la presente declaración en Zaragoza, a 7 de agosto de 2024."

II.- Posteriormente, en fecha 19 de agosto de 2024, el órgano de contratación remite un nuevo requerimiento, concediendo un plazo de tres días naturales para subsanar la documentación justificativa "*4.- Respecto a la adscripción obligatoria de medios al contrato establecida en el Anexo V del PCAP, el propuesto como adjudicatario ha aportado un compromiso de subrogación de personal. Deberá cumplir los requisitos establecidos en el PCAP relativos a los medios personales*."

III.- En fecha 20 de agosto de 2024 la UTE remite burofax en el siguiente sentido: *"En base al requerimiento EPBSTA20240004 EGARA-CASEF recibido en el día de ayer, en relación al punto 4ª del mismo y entendiendo que somos propuestos como adjudicatarios, les solicitamos de forma urgente la relación de personal nominativa adscrita al servicio de BSTA (con detalle de nombre, DNI, Porcentaje de dedicación de contrato actual, horario, Salario Bruto Anual), para poder preparar el documento de compromiso de subrogación, en tanto que no somos conocedores de qué empresa gestiona actualmente el contrato/servicio."*

Dicho burofax fue contestado el 21 de agosto de 2024. De dicha contestación debemos extractar los siguientes extremos:

- *Esta entidad no tiene personal adscrito al servicio de BSTA. En la actualidad el personal forma parte de la empresa adjudicataria, no teniendo vinculación jurídico- laboral alguna con la entidad pública aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos como órgano de contratación.*
- *En referencia a la preparación del documento de compromiso de subrogación, lo solicitado en el requerimiento tanto de fecha 29 de julio como 20 de agosto hace referencia a la adscripción obligatoria de medios personales del Anexo V, con los requisitos de acreditación de disposición de los medios personales establecidos en el mismo.*
- *En referencia a la información solicitada para dicho compromiso de subrogación (nombre, DNI, Porcentaje de dedicación de contrato actual, horario, Salario Bruto Anual) el anexo IV del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) informa sobre la fecha de alta, la antigüedad en la empresa, el tipo de contrato, la categoría profesional, el porcentaje de jornada, el salario bruto anual según el grado de ocupación y los complementos salariales de los trabajadores, por lo que dicha información ya obraba en poder de todos los licitadores. Es obligación de la empresa propuesta como adjudicataria el determinar los titulados en medicina y cirugía, enfermería y conductores que va adscribir para el cumplimiento del contrato.*

(…)

- *La información suministrada en el anexo IV del PPT sobre las condiciones actuales del personal que viene efectuando la prestación del contrato es para conocimiento de la situación y costes que el actual prestador del servicio tiene en el actual contrato.*

- *En el apartado O) "Subrogación en contratos de trabajo" de la caratula del PCAP se establece que no hay obligación de subrogación en el presente contrato.*

- *El convenio de aplicación, aportado como anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), es el Convenio Colectivo del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón (años 2021-2023) publicado en RESOLUCIÓN de 3 de octubre de 2022, de la Directora General de Trabajo, Autónomos y Economía Social. Dicho convenio no impone la obligación de subrogarse en el presente contrato.*

Por ello, siendo conocedores de la información establecida en el PCAP y si querían proceder a contratar a los actuales trabajadores que prestan el servicio, deberían haberse puesto en contacto con el actual adjudicatario para que les facilitara dicha información. Información que, en todo caso, dicha empresa no está obligada a facilitar al nuevo adjudicatario .(…)

En definitiva, en caso de que pretendan contratar a los actuales trabajadores que prestan el servicio, deberán de dirigirse al actual adjudicatario para la obtención de la información solicitada, (específicamente Nombre y DNI, dado que el resto de información solicitada aparece en el anexo IV del PPT), ya que en nuestro requerimiento de adscripción obligatoria de medios personales se establecen los requisitos que deben cumplir los trabajadores para prestar el servicio del presente contrato."

IV.- El 22 de agosto de 2024, la UTE envía nuevo email indicando, en relación a la adscripción obligatoria de medios del Anexo V del PCAP, que remiten:

"*- nombramiento de coordinador de servicio*
- plantilla nominativa con DNIs a suborgar y acuerdo con ACCIONA HEALTHCARE SERVICES S.L"
- Documento subrogación quinto conductor de IVEMON AMBULACIAS EGARA S.L"

V.- El órgano de contratación entiende que la UTE no ha cumplimentado debidamente el requerimiento de subsanación y acuerda tener por retirada la oferta. En la Resolución dictada se exponen motivadamente los antecedentes y las razones por las cuales no se considera acreditada la adscripción obligatoria de medios personales. De la misma traemos a colación los siguientes argumentos: "(…) *si desde el inicio de la licitación la empresa pretendía contratar a estos trabajadores debería haberse puesto en contacto con la actual adjudicataria para que informara a los trabajadores de forma clara y precisa de esta situación y procedieran a aceptar o rechazar dicha propuesta, debiendo las empresas involucradas formalizar un acuerdo que estableciera las condiciones de la transferencia laboral y contara con la aceptación expresa de los trabajadores.*

Ningún documento ha sido aportado por la empresa propuesta como adjudicataria que verifique esta circunstancia. De hecho, consta que no había realizado ninguna actuación con los trabajadores -a excepción de la realizada con D. LFCG-C-, ni en el primer requerimiento que realizó la mesa de contratación (plazo de 10 días), ni en el segundo requerimiento (plazo de 3 días) cuando envía un mail y un burofax a esta entidad solicitando información sobre la relación laboral de los trabajadores. Ante dicho requerimiento el órgano de contratación mediante notificación de fecha 21 de agosto de 2024 (Anexo Único) clarifica a la empresa propuesta como adjudicataria que esta no tiene vinculación jurídico - laboral alguna con el personal que presta el servicio para la entidad.

En virtud de lo expuesto, la empresa propuesta como adjudicataria no puede imputar su falta de diligencia al órgano de contratación, dado que no ha aportado ningún documento que acredite que se ha puesto en contacto con los trabajadores que prestan actualmente el servicio y que garantizaría la trasferencia de personal pretendida.

(...) la trasferencia laboral, en caso de producirse, debía venir por lo menos, avalada por un compromiso de los trabajadores de continuar en la relación laboral que es lo que en definitiva garantizaría la efectiva disposición de medios personales al contrato y lo que certificaría el inicio de la prestación del servicio una vez adjudicado el contrato. La propia empresa propuesta como adjudicataria pregunta al órgano de contratación el plazo que va a trascurrir desde la firma del contrato y el inicio de la prestación lo que parece que induce a pensar que podría diferir el inicio de la prestación al no disponer de los medios personales lo que

supondría un claro perjuicio al interés público al afectar al servicio de extracción de sangre del Gobierno de Aragón pudiendo producir desabastecimiento en los hospitales públicos y privados de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(…) En definitiva, la empresa adjudicataria no dispone efectivamente de los medios que se había comprometido a adscribir al contrato, considerando retirada su oferta, tal y como establece el art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público."

QUINTO.- POSICIONES DE LAS PARTES. PRETENSIONES. CONFIGURACIÓN DE LOS PLIEGOS

El **recurrente** alega la antijuridicidad de la exclusión, considerando que la misma es anulable dado que existe una errónea interpretación del PCAP y se ha vulnerado el principio de confianza legítima. Después de exponer los antecedentes (con copia de algunos emails ya trascritos en el fundamento anterior) y las condiciones del PCAP señala: "*una recta interpretación de los pliegos y de la interpretación de los mismos exteriorizada por la propia administración, lleva a concluir que la manifestación de que la UTE EGARA-CASEF emplearía los medios personales que están adscritos al contrato actualmente en ejecución, equivale, a todos los efectos, a la acreditación de la disponibilidad de dichos medios personales, sin necesidad de ningún tipo de aportación documental hasta el momento de la suscripción del contrato, una vez acordada la adjudicación del contrato objeto de la licitación a mis mandantes, en compromiso de UTE*." Añade que la petición de la relación del personal adscrito al contrato se relaciona con la preparación de la documentación, para preparar el compromiso de subrogación, y que no era requisito para la adjudicación sino condición para el inicio de la prestación objeto del contrato.

Entiende que, de la respuesta de la Administración, se debía considerar que bastaba una declaración con el compromiso de subrogación. Y que, sin embargo, la Administración cambia de criterio al no considerar la declaración suficiente, vulnerando el principio de confianza legítima y seguridad jurídica. Indica que "*Dicha interpretación sorpresiva, si es la que resulta de la notificación recibida en fecha 21/08/2024 (documento nº 9) y de la que discrepamos radicalmente, supone la imposición a esta parte de una actividad que, además de ser contraria a lo previamente manifestado por la propia Administración, era*

de imposible cumplimiento en el plazo de tres días naturales reseñados en la notificación, ya que dicha documentación, sin perjuicio de lo que se dirá en la alegación 4.2 de este escrito, obra en poder de la empresa para la cual el personal presta en la actualidad sus servicios"

Asimismo, considera vulnerado el artículo 28.2 de la Ley 39/2015 al entender que teniendo conocimiento la Administración de la voluntad de la UTE de subrogar el personal, no se le debería haber exigido aportar documentación alguna al obrar ya en poder de la Administración.

Y suplica que se declare no conforme a derecho y se anule la Resolución de 28 de noviembre de 2024 por la que se considera retirada la oferta presentada y se acuerde la adjudicación en favor de la UTE.

El **órgano de contratación** defiende la conformidad a derecho de la actuación administrativa. Trae a colación la argumentación efectuada durante la tramitación del procedimiento – que ya hemos expuesto en el fundamento anterior- así como de la Resolución por la que se tiene por retirada la oferta de la UTE. Alega que "*no entiende esta administración cómo de una mera relación de trabajadores se puede entender la acreditación de la disponibilidad de los medios personales sin necesidad de ningún tipo de aportación documental hasta el momento de la formalización del contrato, cuando los Pliegos en su Anexo V eran taxativos en la exigencia para aportar los curriculums, contratos de trabajo, títulos o certificados de servicios prestados y que era requisito imprescindible que se aportara con carácter previo a la adjudicación*." (…)

Si la empresa pretendía la denominada "subrogación de trabajadores" prevista en la ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, debería haber actuado de acuerdo con lo establecido en la citada norma legal.

Por ello, el órgano de contratación les indicó, vía mail, lógicamente, respecto a la subrogación que pretendían realizar que la tendrían que justificar en el "momento de iniciarse el contrato" o en el "momento de la subrogación" pero a los efectos del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos por la normativa laboral pero no a efectos de la adscripción obligatoria de los requisitos del Anexo V. De hecho, en ningún momento esta administración manifestó que no tuviera que aportar los curriculums, contratos de trabajo, títulos o certificados de servicios prestados ya que era obvio que tenía que presentarlos tal y como se

señala en el citado Anexo V de los PCAP, lo que no podía imaginar esta administración es que frente a la claridad del PCAP relativa a la aportación de documentación del Anexo V la empresa propuesta como adjudicataria no aportara más que un mail rebotado de la actual empresa adjudicataria con una relación de trabajadores que ni siquiera había realizado la propuesta como adjudicataria y que aparecía en el PPT en el Anexo IV.

Parece que la empresa quiere imputar a la administración la cuestión de la subrogación cuando es, como ha quedado acreditado, una cuestión interna de la propia empresa en la que esta administración ni podía ni debía entrar.

En definitiva, y a riesgo de ser reiterativos, no entiende esta administración la afirmación de la recurrente de que el órgano de contratación consideró valido y conforme a derecho la declaración de subrogación. A lo largo de todo el procedimiento, ni el órgano de contratación ni la mesa de contratación han considerado valida esa declaración. Actuar de otro modo hubiera supuesto, no sólo vulnerar lo establecido en el Anexo V de los PCAP, sino también vulnerar el principio de confianza legítima al que alude el recurrente, del resto de licitadores e impedir el inicio de la prestación del servicio una vez adjudicado el contrato con el considerable perjuicio al interés público al dilatar la adjudicación de un servicio esencial en la sanidad pública y privada de la Comunidad Autónoma.

Además, los medios personales deben quedar acreditados a la Mesa de contratación antes de la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, y por tanto como requisito imprescindible para la adjudicación y formalización posterior del contrato por el órgano de contratación. Por ello, si en el momento de la adjudicación no se cumplen los requisitos previstos en el Anexo V del PCAP, no se puede proceder a adjudicar, actuando correctamente la mesa de contratación y el órgano de contratación y procediendo a proponer como adjudicatario al siguiente licitador."

En atención a la controversia planteada debemos atender a la configuración que hacen los Pliegos en los aspectos relacionados con el presente recurso:

El cuadro resumen del PCAP, en el Apartado "O" indica que no hay subrogación en contratos de trabajo, y en el Apartado "P" que sí que hay adscripción obligatoria de medios según el Anexo V, el cual indica:

ANEXO V

ADSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE MEDIOS AL CONTRATO

(Especificar para cada lote, en su caso)

Los licitadores, nacionales y extranjeros, además de acreditar su solvencia o, en su caso clasificación, deberán adscribir obligatoriamente para la ejecución de este contrato, como criterio de solvencia, los siguientes medios:

☒ ***Compromiso de adscripción de medios personales:***

- *4 Titulados/as en Medicina y Cirugía (Licenciados y Graduados en Medicina)*
- *12 Titulados/as en enfermería (DUE y Grado en enfermería)*
- *4 conductores que estén en posesión del permiso de conducir de los vehículos, con experiencia mínima de 1 año.*

La empresa adjudicataria designará a un técnico responsable del personal adscrito al contrato con funciones de coordinación con el Técnico Superior de Logística del Banco de Sangre y Tejidos de manera continuada durante todo el periodo de vigencia del contrato.

La empresa adjudicataria presentara como acreditación de la efectiva disposición de los medios personales y/o materiales que para la ejecución del contrato que se determina en este Anexo V del presente Pliego, tal y como indica en el apartado 2.3.2 punto 7ª del PCAP, .la relación de personal definido junto con los contratos de trabajo, copia del título universitario o su homologación por el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes y certificado de servicios prestados en centros sanitarios, entidades o empresas públicas o privadas de cada una de las categorías mencionadas y currículum vitae profesional que permita acreditar la experiencia mínima exigida en este Anexo.

(…)

Estos medios personales y materiales formarán parte de la propuesta presentada por los licitadores y, por lo tanto, del contrato que se firme con el adjudicatario. Por este motivo, deberán ser mantenidos por la empresa adjudicataria durante todo el tiempo de realización de este servicio. Cualquier variación respecto a ellos deberá ser comunicada a esta Administración. Su incumplimiento podrá ser causa de:

☒ *Resolución del contrato*

☐*Imposición de penalidades según* ***Anexo XIII***

La cláusula 2.3.2 señala: *Presentación de la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos por el licitador que haya presentado la mejor oferta.*

"Las unidades de apoyo al órgano de contratación requerirán al licitador propuesto como adjudicatario la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que no obre ya del poder de la Administración contratante, con el objeto de que sea validada y calificada por la mesa de contratación. Para ello se otorga un plazo de diez días hábiles. Los documentos justificativos deberán presentarse mediante originales o copias compulsadas

La relación de documentos que han de aportarse es la siguiente: (...)

7º. Cuando así se señale en el apartado P del cuadro-resumen, acreditación de la efectiva disposición de los medios personales y/o materiales que para la ejecución del contrato determine en su caso el Anexo V del presente Pliego. En este caso, el licitador ejecutará el contrato con los mismos medios que haya aportado, y sólo podrá sustituirlos, por causas imprevisibles, por otros medios equivalentes y con la correspondiente autorización de la Administración.(…)

Cláusula de verificación de la documentación aportada:

De no cumplimentarse adecuadamente con la presentación de toda la documentación indicada en los apartados anteriores y en el plazo, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas."

Por su parte, el PPT, indica lo siguiente:

"4.*1. DESCRIPCIÓN DE LOS MEDIOS PERSONALES*
El adjudicatario deberá adscribir obligatoriamente para la ejecución del contrato los medios personales establecidos en el anexo V del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
(…)
Para la acreditación de los medios personales descritos en este apartado 4.1 las empresas licitadoras presentaran copia del título universitario o su homologación por el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deporte y certificado que acredite la experiencia solicitada para la categoría de conductor."

"4.3. INFORMACIÓN SOBRE LAS CONDICIONES DE SUBROGACIÓN EN CONTRATOS DE TRABAJO

Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, se facilitará a los licitadores la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, y toda la que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, información que se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 LCSP.(...)

En todo caso, en relación al régimen de subrogación deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 130 LCSP."

(…) *La información facilitada por la empresa que viene efectuando la prestación objeto del contrato se detalla en el anexo IV, ha sido remitida a este órgano de contratación en marzo de 2024 e incluye la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, al objeto de permitir una exacta evaluación de los costes laborales*."

SEXTO.- SOBRE LA ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS Y LA SUBROGACIÓN. REGULACIÓN. DOCTRINA. RESOLUCIÓN DEL FONDO DEL ASUNTO

En definitiva, la cuestión controvertida versa sobre si la aportación de una declaración responsable de la UTE, en la que manifiesta su intención de subrogar al personal de la entidad que venía prestando el servicio, es adecuada a derecho para entender cumplimentado el requisito relativo a la adscripción obligatoria de medios personales.

I. Sobre la regulación de la adscripción de medios.

Para resolver el fondo del asunto, debemos partir de la regulación de la adscripción de medios, contenida en el artículo 76 de la LCSP, el cual indica que: "(…) *2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes*

para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación."

Así, el apartado segundo del artículo 76 de la LCSP hace referencia a los medios personales o materiales a adscribir al contrato con carácter adicional como condición especial de ejecución del contrato o con la posibilidad de imposición de penalidades, y, por su parte, el apartado tercero del artículo 76 se refiere a los requisitos de solvencia adicionales o particulares que pueden exigirse a un candidato en una licitación. En este sentido, la Resolución nº 264/2019, de 25 marzo, del TACRC dispone expresamente que: "*Pues bien, la redacción del PCAP y PPT permiten concluir que están exigiendo una solvencia técnica reforzada respecto de la prevista de manera ordinaria por medio de la clasificación o método equivalente previsto en la LCSP. No se trata del compromiso de adscripción de medios personales previsto en el art. 76.2 de la LCSP, exigible y revisable en fase de ejecución del contrato con el carácter de obligación esencial a los efectos previstos en el artículo 211, o como presupuesto cuyo incumplimiento permite establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2. Se trata de un compromiso del art. 76.3 de la LCSP, es decir de requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista, exigible y revisable en la fase de acreditación de la solvencia, antes de la adjudicación*".

Tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 86/2024 (recurso 87/2024): "*De la lectura de las resoluciones transcritas se confirma la distinción entre la solvencia adicional y la adscripción de medios adicionales como dos obligaciones totalmente distintas, con*

consecuencias jurídicas diferentes. Así, de lo transcrito anteriormente resulta que los medios personales exigidos en el contrato aquí discutido constituyen un medio humano adicional de adscripción al contrato previsto en el artículo 76.2 de la LCSP, configurados como una obligación esencial del contrato (Anexo XIV del PCAP) cuyo incumplimiento acarrea la imposición de penalidades. Es decir, los medios personales que se exigen en la presente licitación no son un requisito de admisión, de carácter eliminatorio y no valorativo, sino que son una suerte de condición de aptitud del licitador por cuanto que el órgano de contratación los considera esenciales y necesarios para que el adjudicatario ejecute satisfactoriamente el objeto del contrato."

Así pues, la adscripción de medios es un requisito de solvencia adicional que los órganos de contratación pueden exigir a los candidatos o licitadores para la ejecución de un contrato, con las precisiones que efectuaremos más adelante.

II.- De la subrogación del personal y aplicabilidad al caso concreto

Esta adscripción de medios no se puede confundir con la subrogación de personal, dado que, como ya decíamos en nuestro Acuerdo 72/2016: "*la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad*."

Asimismo, debemos destacar el informe 126/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que señala: "*la obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es una obligación de carácter puramente formal, pues únicamente le obliga a requerir al contratista anterior una información determinada así como, una vez proporcionada tal información, a facilitarla a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de aquella información.*

En este sentido, el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores del nuevo contrato, con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los

trabajadores a los que afecte la subrogación ***con el fin de poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales****. En consecuencia, es criterio de esta Junta que el órgano de contratación no asume responsabilidad alguna por la imprecisión o por la falta de veracidad de la información suministrada por el contratista saliente (tal responsabilidad no sería congruente con el contenido del artículo 130.5 LCSP*) …"

Aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa resulta que, tal y como consta en el Convenio Colectivo que resulta de aplicación, no hay obligación de subrogación de los trabajadores, habiendo respetado el órgano de contratación su obligación formal de proporcionar la información, pero a los solos y únicos efectos, tal y como se específica en la cláusula 4.3 del PPT, de permitir una exacta evaluación de los costes laborales.

Por ello, las alegaciones efectuadas por el recurrente en cuanto a que no tenían obligación de presentar documento alguno porque ya obraba en poder órgano de contratación, con el supuesto incumplimiento del artículo 28 de la Ley 39/2015, no pueden prosperar, todo ello habida cuenta que la obligación de subrogación es una cuestión meramente de ámbito laboral. El órgano de contratación nada tenía que hacer en una eventual subrogación, más allá de proporcionar información como bien hizo, habida cuenta que se trata de una cuestión que únicamente atañía a la empresa que prestaba el servicio y a la entidad que quiere efectuar la subrogación, y que, además, en el presente caso no era obligatoria.

Así pues, debemos acoger plenamente las argumentaciones del órgano de contratación relativas a que, si la UTE ahora recurrente quería subrogar a los trabajadores de la entidad que venía prestando el servicio, debería haber contactado con la misma y proceder de la manera establecida en el artículo 130 del ET, ya que esta actuación entre ambas empresas resulta totalmente ajena a la licitación del presente contrato por estar circunstancia al ámbito laboral.

III.- De la documentación presentada.

Efectuadas las anteriores consideraciones, debemos analizar si la documentación presentada se adecua a las exigencias del Pliego relativas a la adscripción de medios personales.

De la documentación remitida por la UTE el 22 de agosto consta una declaración responsable del nombramiento de coordinador –lo que no supone la disposición efectiva del coordinador ni el nombramiento, sino que se trata una declaración responsable de que van a nombrar coordinador (sin que se acredite la aceptación de éste), el listado de personal del servicio de hemodonación externa de Banco Sangre y tejidos de Aragon que les adjunta Acciona Health Care S.L (no consta acuerdo alguno), y una carta dirigida a XXX en la que se indica: "*en caso de que se confirme la adjudicación definitiva y en virtud de lo acordado, su contrato de trabajo se transmitirá, por subrogación a la mencionada Compañía, conforme al artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ("E.T."). Derivado de lo expuesto, en la fecha en que se confirme la prestación del servicio del Banco de Sangre y Tejidos de Aragón a UTE EGARA-CASEF, usted pasará a prestar sus servicios directamente en esta compañía, y en su consecuencia, quedará usted integrado en la plantilla de la mencionada mercantil, la cual le reconocerá y respetará los derechos que hasta la fecha tenía usted adquiridos, y específicamente la antigüedad laboral y salario*", sin que, por lo tanto, consten los extremos exigidos en el artículo 44.1 y 44.6 del ET para que se pueda considerar efectuada subrogación alguna.

En este contexto no debemos olvidar que la LCSP contempla dos momentos diferentes en lo concerniente a la adscripción de medios, con exigencias distintas. Un primer momento que es el de presentación de solicitudes -artículo 76.2 de la LCSP-, en el que se exige a los candidatos o licitadores un compromiso de dedicar o adscribir los medios requeridos en el Pliego, bastando la mera declaración de compromiso del licitador sin más justificación. Un segundo momento, el de la propuesta de adjudicación -artículo 150.2 de la LCSP-, en el que el órgano de contratación ha de requerir al propuesto como adjudicatario que presente la documentación justificativa de "*disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2*". Por tanto**, en este segundo momento no se admiten las declaraciones, sino que se exige la documentación justificativa de disponer efectivamente de esos medios.**

Y en este sentido se pronunció el TACRC en su Resolución 798/2015, de 11 de septiembre: "***Es por tanto en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato***.

En efecto, partiendo de que todas las empresas licitadoras deben presentar el compromiso de adscripción de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP, cuando los pliegos así lo exigen, es, ***una vez seleccionada la empresa cuya proposición sea la más ventajosa económicamente, cuando debe procederse a exigir, y solamente a dicha empresa, la acreditación de la disponibilidad efectiva de los medios comprometidos****, al amparo de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP.*

Con ello, se da la oportunidad al órgano de contratación de comprobar, previamente a la adjudicación y formalización del contrato, que la empresa que va a ser adjudicataria dispone, realmente, de los medios que se ha comprometido a adscribir para acometer la ejecución del contrato, y si se aprecia que no dispone de los mismos, se ordena la exclusión de la proposición en cuestión teniéndola por retirada.

Por ello, como dijimos en la ya citada Resolución número 615/2013, de 13 de diciembre, la efectividad del compromiso de dedicar o adscribir determinados medios a la ejecución del contrato al que se refiere el artículo 64.2 del TRLCSP, que puede establecerse como medida adicional de solvencia, ha de acreditarse por el licitador cuya oferta hubiera resultado la más ventajosa, en el plazo de diez días, al amparo del artículo 151.2 del TRLCSP, sin que pueda imponerse de presente que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de contratación, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

Igualmente, el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 151.4 TRLCSP, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP, procediendo en caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las ofertas, la documentación requerida por dicho precepto.

Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia, así en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el trámite previsto en el artículo 151.2 TRLCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario

que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues, como señala la Resolución número 11/2012, "corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente usar los medios de todo tipo invocados".

Así, tras el examen del expediente administrativo, se comprueba que la UTE, más allá de la documentación presentada para acreditar que disponen efectivamente de 1 conductor (O.S.G), no presentan contratos de trabajo, ni títulos universitarios, ni certificado de servicios prestados, ni currículum vitae, tal y como exige el Anexo V del PCAP. Constando únicamente la declaración responsable de la intención de subrogar y la documentación acreditativa de que disponen de 1 conductor.

Por ello, al aportar la declaración asumiendo el compromiso de subrogar los medios personales (sin que, a mayor abundamiento, conste actuación formal en este sentido), este Tribunal entiende que no cumple con el requisito exigido en el pliego, que en su tenor literal hace referencia a la *"acreditación de la efectiva disposición",* sin que la presentación de la declaración antedicha constituya un elemento de prueba suficiente que acredite la disponibilidad real y actual de los medios personales para ejecutar el contrato.

Es más, la forma de proceder del órgano de contratación implica una actuación administrativa diligente y responsable, dirigida a evitar que el contrato se adjudique a un licitador que no pueda adscribir a la ejecución del contrato los medios que se comprometió a adscribir, con el consecuente perjuicio para el interés público.

Por último, tampoco podemos estimar la alegación relativa a que de la contestación realizada vía email el 5 de agosto de 2024 se puede entender que el órgano de contratación da a entender que con una mera declaración de subrogar a los trabajadores se podía entender cumplimentado el requisito de adscripción de medios personales y que lo contrario supone vulnerar el principio de confianza legítima. Y esto es así porque, en primer lugar, del tenor literal de la respuesta se observa que, en ningún momento se hace alusión a la adscripción de medios personales, resultando que se indica que si al personal lo subrogan en el momento de iniciarse el contrato deben presentar la documentación en este momento. Y, en todo caso, el requerimiento realizado el 19 de agosto de 2024 es claro al respecto y no deja margen de duda (*4.- Respecto a la adscripción obligatoria de medios al contrato establecida en el Anexo V del PCAP, el propuesto como adjudicatario ha aportado un compromiso de subrogación de personal. Deberá cumplir los requisitos establecidos en el PCAP relativos a los medios personales*."). Es decir, en todo momento se exige que se cumpla lo establecido en los Pliegos y así se desprende del tenor literal de las comunicaciones que hemos transcrito en el fundamento cuarto.

Sobre este extremo no se puede olvidar que, de acuerdo con el artículo 139 de la LCSP, la presentación de la propuesta de licitación supone la aceptación incondicionada de la totalidad de las clausulas y condiciones del Pliego, sin salvedad o reserva alguna. Por ello, al presentar su oferta, la UTE ahora recurrente, aceptaba que si era propuesta adjudicataria tenía que probar que disponía de una manera real y efectiva de los medios personales exigidos en los Pliegos, presentando la documentación acreditativa que se detallaba en el PCAP y en el PPT (título universitario, contrato de trabajo, certificado de servicios prestados…) y, legalmente, la no aportación de dicha documentación acreditativa y no cumplimentación del requerimiento de subsanación se interpreta como una retirada de la proposición de acuerdo con el artículo 150.2 de la LCSP ("*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta*") y de la cláusula 2.3.2 del PCAP. Por tanto, la recurrente está plenamente vinculada a los Pliegos y se supone que conocía íntegramente su contenido, y cuál era la consecuencia prevista en el Pliego (y

en la LCSP) si ante la propuesta de adjudicación no presentaba la documentación requerida.

En definitiva, la recurrente no atendió debidamente el requerimiento de subsanación de documentación que se realizó, y no acreditó que efectivamente disponía de los medios personales requeridos, sin que la declaración responsable de la intención de subrogación pueda sustituir los requisitos exigidos en el Pliego. Por lo que el órgano no ha actuado injustificadamente, de manera arbitraria o contraria a la confianza legítima al tener por renunciada a la UTE frente a la proposición de adjudicación, dado que los términos de la ley y del PCAP son claros y precisos, al indicar que si no se atiende a los requerimientos de subsanación, se tendrá la consideración de retirada injustificada de la proposición, por lo que la actuación recurrida es conforme a derecho y el presente recurso debe ser desestimado.

De acuerdo con lo expuesto,

Vistos los preceptos legales que resulta de aplicación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, en sesión celebrada el 28 de noviembre de 2024, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por “IVEMON AMBULANCIAS EGARA, S.L.” y “CASEF HEALTHCARE, S.L.” frente al acuerdo por el que se declara retirada la oferta de las recurrentes en el procedimiento de licitación denominado «Servicio de extracciones en hemodonaciones externas para la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos», promovido por esa Entidad Pública.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP

TERCERO.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada mediante Resolución 28/2024, de 30 de septiembre de este Tribunal.

CUARTO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.