EB 2014/97

Resolución 103/2014, de 7 de octubre de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Unión Internacional de Limpieza, S.A. contra la adjudicación del contrato de servicio de limpieza del lote 3, Edificio B, tramitado por Parque Científico y Tecnológico de Gipuzkoa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 25 de agosto de 2014 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Unión Internacional de Limpiezas (en adelante, UNI2) contra la contra a la adjudicación del contrato de servicio de limpieza del lote 3, Edificio B, tramitado por Parque Científico y Tecnológico de Gipuzkoa (en adelante, “PCTG”).

El mismo 25 de agosto 2014 el OARC / KEAO trasladó el recurso al poder adjudicador.

Con fecha 12 de septiembre de 2014 causó entrada el expediente de contratación acompañado del informe al que hace referencia el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. (en adelante, "Ferroser"), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ha acreditado la legitimación del recurrente y la representación de Don H. N.V que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios de regulación armonizada. El contrato en cuestión está comprendido en la categoría 14 (servicios de limpieza de edificios, etc. –CPV 90911200–) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 1.079.941,85 €), por lo que queda sujeto a los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación.

TERCERO: El artículo 40.2 c) TRLCSP establece que serán susceptibles de recurso especial, entre otros, los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, PCTG tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración pública, según el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: El contenido del recurso es, en síntesis, el siguiente:

a) Entre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor figura, con un máximo de 4 puntos, el denominado "Medios humanos" (apartado 19 B) de la carátula); donde se especifica que «Se valorarán los medios humanos que se propone

adscribir al contrato por encima del personal mínimo sobre el que tenga la obligación de subrogarse conforme al punto 28 de la presente carátula, su grado de dedicación y compromiso de vinculación hasta 2 puntos, y su titulación, experiencia y capacidad profesional hasta 2 puntos.»

b) La propuesta de Ferroser asigna al contrato un equipo en el que sólo se incluyen tres limpiadoras como equipo base del Servicio de Limpieza, omitiéndose toda referencia a la cuarta limpiadora que recoge el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) como parte del personal en cuya relación de empleo debe el adjudicatario subrogarse; por esta razón, la empresa debió ser excluida al incumplir los requerimientos mínimos del apartado 19 de la carátula en un elemento esencial como son las menciones obligatorias de la plantilla de personal. De hecho, en la tabla de puntuación que acompaña a la Resolución impugnada, el propio órgano de contratación recoge que Ferroser no da cumplimiento a la subrogación, mientras el resto de las empresas sí lo hace. En lugar de excluir su oferta, se le requirió para que remitiera un escrito asumiendo el compromiso de subrogación en los contratos de los trabajadores que actualmente prestan el servicio, de acuerdo con la legislación vigente, requerimiento que el Comité Técnico entiende satisfecho.

c) A pesar de que su oferta no cumple el requerimiento mínimo de personal a subrogar, la oferta de Ferroser recibe la máxima puntuación (4 puntos) en el criterio “Medios humanos”, infringiéndose el apartado 19 de la carátula. Además, la solicitud y admisión de un compromiso inequívoco de asunción de la subrogación especificada en los Pliegos supone permitir a Ferroser que modifique su oferta original, en la que incluía claramente tres limpiadoras y no las cuatro que debía recoger para cumplir con el mínimo exigido; ello vulnera el principio de igualdad que debe regir la licitación y contraviene el artículo 129 TRLCSP y el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues se trata de un defecto no subsanable al referirse a la proposición económica y técnica y no a la documentación administrativa. Se observa que la baja de licitación de la adjudicataria es

considerablemente más baja que las demás en un importe aproximado de 7.000 euros, cantidad cercana al salario bruto de la limpiadora omitida.

d) Finalmente, solicita anular el acto impugnado, excluir la oferta de Ferroser y ordenar la retroacción de actuaciones hasta efectuar una nueva adjudicación conforme al orden de clasificación resultante tras dicha exclusión.

SÉPTIMO: Por su parte, Ferroser alega lo siguiente:

a) No puede considerarse incumplido el Pliego cuando la oferta de Ferroser propone más medios humanos de los que tenía la antigua adjudicataria del servicio adscritos al contrato; por otro lado, de los pliegos se desprende que pueden proponerse los medios técnicos y humanos que consideren necesarios, siempre y cuando sean suficientes para cumplir con los pliegos.

b) La valoración de los medios humanos no tiene nada que ver con el personal a subrogar, pues los medios propuestos por el licitador –que es lo que se valora– son independientes del personal que se tiene que subrogar. La obligación de subrogación es ajena al contrato, impuesta por la normativa laboral con independencia de que se prevea o no en los pliegos y que no es objeto de valoración. Los pliegos no exigían un número mínimo de personas asignadas al contrato, por lo que deben desestimarse los motivos alegados por UNI 2.

c) El compromiso de asunción de la subrogación no modificó los términos de la oferta, es únicamente una garantía de cumplimiento de lo exigido por la ley; eso quiere decir que, incluso en el caso de que los pliegos no mencionaran la subrogación y el licitador no previese dichos costes en su oferta, seguiría estando obligado a subrogarse porque es una obligación ajena al contrato.

d) Finalmente, solicita la desestimación del contrato.

OCTAVO: PCTG se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Es contrario al principio de buena Administración la desestimación de una oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones cuando la ambigüedad detectada en ella puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, siempre y cuando por esa vía no se introduzcan modificaciones en las ofertas. En el caso analizado la aclaración solicitada se ciñe al cumplimiento de las bases del proceso por parte de Ferroser, sin que se beneficie a esta empresa frente al resto de los licitadores. La aclaración no es parte de la oferta, se refiere a una condición contractual y legal impuesta a todos los licitadores y que no acepta ni mejoras ni empeoramientos, simplemente se acepta al concurrir al procedimiento en cuyo seno se impone. Es posible incluso considerar que la aclaración es innecesaria, pues la subrogación se imponía al licitador como condición previa del contrato, de modo que, de no haberse producido la solicitud y su respuesta, la situación hubiera sido idéntica: la sumisión de la oferta al pliego y por ello a la obligación de subrogación, que se impone a los contratista al margen de sus ofertas. En cualquier caso, la posición de la empresa respecto a la subrogación no podía suponer una mejora de la oferta, pues tal obligación era indisponible para los licitadores.

NOVENO: Dado que el objeto de la discusión es, en buena parte, el alcance y significado de las cláusulas de los pliegos relativas a la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones de empleo del personal que venía ejecutando el servicio con anterioridad, es oportuno que este Órgano recuerde su doctrina general sobre la cuestión. En primer lugar, la Resolución 57/2013 de este OARC / KEAO señalaba que:

«La subrogación en los contratos de trabajo que en ocasiones se produce entre el adjudicatario de un contrato y el anterior prestador del servicio es una cuestión ajena a la legislación contractual, que regula las relaciones entre las entidades del sector público y los licitadores o contratistas, pero no las que afectan a ambas empresas o a éstas y sus empleados. Si el artículo 120 TRLCSP establece que «en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes

laborales que implicará tal medida» es porque la obligación de subrogación es un aspecto que puede ser relevante para que los potenciales licitadores decidan si les interesa o no presentar una oferta y, en su caso, con qué contenido, por lo que es acorde con el principio de transparencia informar sobre este extremo. Naturalmente, el precepto no atribuye a la entidad contratante competencia alguna para imponer una subrogación que sólo puede tener como fuente la legislación laboral (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) o los convenios colectivos, ni para conceder a dicha subrogación un alcance distinto del que prevén las citadas normas, de modo que se produzca una injerencia en las relaciones propias del contrato de trabajo o en el ámbito de organización de la empresa (por todas, ver la Resolución 292/2012 del TACRC y todas las que en ella se citan, así como los informes 31/99 y 33/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).» Posteriormente, la misma Resolución añadía que «son dos cosas diferentes cumplir con la obligación de subrogación y prestar el servicio exactamente con las mismas personas físicas, no siendo lo segundo una obligación derivada del convenio colectivo.»

Por ello, debe darse la razón al poder adjudicador cuando dice que la obligación de subrogación no es una cláusula contractual sino una obligación de origen legal o convenial, y que el compromiso escrito requerido de respetar dicha obligación es, por esa razón, innecesario. Es igualmente cierto que dicho compromiso no pertenece a la oferta, por lo que mal puede considerarse que la modifica, y ello porque los pliegos no exigen que el servicio se preste con el personal al que se refiere la cláusula 28 de la carátula, sino que, por el contrario, y como bien dice el adjudicatario, permiten que cada licitador configure su oferta con los medios humanos que estime oportunos, siempre que se cumpla con las obligaciones contractuales (ver, por ejemplo, las cláusulas 16.2 de la carátula y 10 a) del Pliego de prescripciones técnicas). En consecuencia, debe desestimarse la pretensión de que el adjudicatario sea excluido de la licitación por incumplir su oferta las exigencias de los pliegos en materia de subrogación.

DÉCIMO: No obstante lo señalado en el fundamento de Derecho anterior, el hecho de proponer la realización del servicio con unos medios humanos distintos de los señalados en la cláusula 28 de la carátula no es completamente irrelevante en el procedimiento de adjudicación. Aunque los pliegos no exigen

que el servicio se preste con dichos medios mínimos, lo que impide que se pueda excluir al empresario que no los respeta, lo cierto es que el criterio de adjudicación "Medios humanos" dice literalmente que «Se valorarán los medios humanos que se propone adscribir al contrato por encima del personal mínimo sobre el que tenga la obligación de subrogarse (…)». El contenido de este criterio, no impugnado en tiempo y forma y que, por lo tanto, vincula a licitadores y poder adjudicador, exige contrastar la oferta que se valora con los medios humanos subrogados, de forma que sólo se valoren los medios que superen los incluidos en dicha subrogación. Si el resultado de ese contraste es que no se oferta la adscripción de medios que superen los subrogados, la conclusión no puede ser la exclusión de la proposición porque, como ya se ha dicho, los pliegos no exigen que el equipo subrogado sea también parte de la oferta, pero sí la imposibilidad de atribuir puntuación alguna en este criterio. Sin embargo, habida cuenta de que la puntuación máxima atribuida al criterio es de cuatro puntos, y la diferencia global entre la oferta del adjudicatario y la del recurrente, una vez aplicados todos los criterios, es de 9,04 puntos (92,50 puntos frente a 83,46 puntos), no procede que este Órgano realice ahora el citado contraste, ya que, en ningún caso se alteraría el orden de las ofertas.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Unión Internacional de Limpiezas, S.A. contra la

adjudicación del contrato “Servicio de limpieza del lote 3, Edificio B”, tramitado por Parque Científico y Tecnológico de Gipuzkoa.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Declarar que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP por no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva 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 el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko urriaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de octubre de 2014

José Antonio Ausín Unzurrunzaga

Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales