



**EB 2023/094**

**Resolución 084/2023, de 9 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ISS FACILITY SERVICES, S.A. contra la respuesta del poder adjudicador a una consulta de un operador económico en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza y desinfección en la Osi Barrualde – Galdakao (lote 2)”, tramitado por Osakidetza.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 27 de enero de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ISS FACILITY SERVICES, S.A. (en adelante, “ISS”) contra la respuesta del poder adjudicador a una consulta de un operador económico en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza y desinfección en la Osi Barrualde – Galdakao (lote 2)”, tramitado por Osakidetza.

**SEGUNDO:** El día 24 de abril el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere 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). Dicha documentación se recibió el día 27 de abril.





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados con fecha 26 de abril, no se han presentado alegaciones.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.L.A.M., que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El acto impugnado es la respuesta de Osakidetza a una petición de aclaración de un operador económico. El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. A juicio de este Órgano, de este precepto, interpretado conjuntamente con las Directivas 2014/24/UE, sobre contratación pública, y 89/665/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de recurso en materia de contratación pública, se deduce que la respuesta del poder adjudicador a una consulta de un operador económico publicada en el perfil del contratante debe considerarse un acto impugnado por las siguientes razones (ver también las Resoluciones 173/2020 y 112/2018 del OARC / KEAO):

a) Según el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE, se considera “pliego de la contratación” todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento,



incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional.

b) De lo expresado en el apartado a) anterior se deduce que las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, tanto porque generan en los licitadores una confianza legítima en que la actuación del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación se ajustará a ellas (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) como porque, como en este caso, tienen carácter vinculante (ver la cláusula específica 26.1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, y el artículo 138.3 de la LCSP), son “documentos adicionales” que fijan los términos de dicho procedimiento.

c) Consecuentemente, la adecuación a la legalidad de las respuestas o aclaraciones debe poder ser revisada por los órganos encargados de resolver el recurso especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE). Por ello, debe entenderse que entre “los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” a los que se refiere el artículo 44.2 a) de la LCSP están también incluidas las citadas respuestas o aclaraciones.

#### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, pues la respuesta impugnada se publicó el 20 de enero. No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador en el sentido de que, dado que la respuesta no contiene ninguna novedad respecto a los pliegos, el plazo de interposición es el que corresponde a dichos pliegos, lo que supondría la inadmisión de la impugnación por extemporánea; a juicio de este Órgano,



determinar si la respuesta innova o no los pliegos es una cuestión de fondo que no afecta al plazo de impugnación, que es autónomo para la respuesta e independiente del plazo para recurrir los pliegos.

**QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

**SEXTO: Argumentos del recurso**

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

- a) La respuesta impugnada afirma que no se ha publicado el personal con derecho a subrogación para el Consultorio Luiaondo y Farmabide y que este personal debe considerarse incluido a efectos de subrogación, pero no a efectos de calcular la propuesta económica, pues este aspecto será abordado con el adjudicatario a través de una modificación contractual. Esta respuesta infringe el principio de transparencia y los artículos 101.2 y 102.3 de la LCSP.
- b) El recurrente alega que deben rectificarse la respuesta y los apartados o cláusulas de los pliegos que remitan al Presupuesto Base de Licitación (PBL) por no contemplar todos los costes salariales que deberá asumir el adjudicatario.

**SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) El listado de subrogación publicado es una foto fija del día que emite el actual adjudicatario de fecha 3 de noviembre de 2022 y mediante el que se inician las actuaciones preparatorias del expediente para calcular entre otros, los costes del servicio. Esta foto fija, y las consecuencias económicas que de él se derivan en



el PBL y en el valor estimado del contrato, debe mantenerse durante todo el procedimiento. Por lo tanto, las modificaciones del listado de subrogación, que se puedan producir durante la tramitación del expediente, serán tenidas en cuenta a la hora de la subrogación real del personal en la nueva adjudicataria una vez formalizado el contrato con las repercusiones económicas al alza o la baja en función de las pequeñas variaciones que se hayan producido durante la tramitación del expediente, a través de una modificación contractual si procede, en función de lo previsto en el punto 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el expediente y que no ha sido impugnado por el recurrente en ningún momento.

b) Establecido todo lo anterior, se ha informado durante el proceso de licitación a los operadores económicos, y así lo reconoce el recurrente, que se incluyen a efectos de subrogación a los trabajadores de Farmabide y consultorio de Luiaondo, pero sin que tenga repercusión en la oferta económica que se plantee por los licitadores, aspecto que será abordado con el adjudicatario a través de una modificación contractual que en este supuesto además, no alcanza el 1% el presupuesto base de licitación por lo que poco puede afectar a la valoración económica de las ofertas, en función de lo recogido en el punto 16 del PCAP, y no en una negociación a posteriori como alega el recurrente. Además, se ha publicado en el perfil del contratante el 18 de enero de 2023 ampliar el plazo de presentación de ofertas hasta el 2 de febrero de 2023 debido a la cantidad de preguntas de se han recibido y contestado dando un margen suficiente, con esta ampliación de plazo, para la elaboración de las ofertas con estas aclaraciones.

#### **OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

El análisis del recurso debe partir del contenido de la pregunta formulada y de la respuesta impugnada, que es el siguiente (la respuesta se resalta en negrita):

Por otro lado, se ha observado que examinando los centros de salud incluidos en el Lote 2 y comparándolos con el listado de subrogación, vemos que falta en el listado el personal de limpieza de:



- Consultorio Luiaondo

- FARMABIDE

| OPE<br>RARI<br>O/AS | Antigüedad | %<br>Jornad<br>a | Horas<br>/Sema<br>na | Categoría  | C.C | P.<br>Fe<br>st | P.<br>No<br>c | P.<br>Adp | Nivel<br>C<br>Prof | C.S.             |
|---------------------|------------|------------------|----------------------|------------|-----|----------------|---------------|-----------|--------------------|------------------|
| 114                 | 25/03/2021 | 50,00            | 17.50                | LIMPIADORA | 200 |                |               |           |                    | FARMABIDE        |
| 115                 | 01/09/2020 | 7,14             | 2.50                 | LIMPIADOR  | 501 |                |               |           |                    | AMB.<br>LUIAONDO |
| 116                 | 01/09/1999 | 28,57            | 10                   | PEON ESP   | 189 |                |               |           |                    | AMB.<br>LUIAONDO |

Por lo que dicho personal es incluido a efectos de subrogación, pero no a efectos de calcular la propuesta económica, aspecto que será abordado con el adjudicatario a través de una modificación contractual.

En síntesis, el recurrente alega que esta respuesta es contraria a los principios de transparencia y libre acceso porque los potenciales licitadores no conocen el precio real del servicio, el cual se fijaría tan solo posteriormente. A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación, único en el que se basa el recurso, debe desestimarse:

- 1) En lo que respecta a la información que los pliegos deben facilitar en relación con los trabajadores con derecho a subrogación, se debe partir, tal y como manifiesta la STSJPV número 416/2022, de 24 de noviembre de 2022, de que el poder adjudicador se limita a actuar como mediador:

“De este modo, transmite la información que le proporciona el contratista anterior a los licitadores, con el objetivo de que estos dispongan de la información necesaria para conocer los costes del contrato y presentar sus ofertas con conocimiento de causa. Esta previsión legal tiene sentido, habida cuenta de que es la empresa que viene prestando los servicios en cuestión quien tiene la información real y más completa en relación a los gastos que, en materia de personal, pueden derivarse de la ejecución del contrato. En efecto, la administración no tiene por qué conocer los entresijos del funcionamiento del servicio en relación a cuestiones como las invocadas por el sindicato actor (como, por ejemplo, si hay trabajadores contratados para sustituir a otros que estén disfrutando de una excedencia o de una reducción de jornada). En este sentido, en ningún momento el precepto transcrito exige que la administración corrobore la veracidad de esa información. Así, no atribuye a esta ninguna responsabilidad por su inexactitud o carácter sesgado. De hecho, el apartado cuarto prevé la aplicación de penalidades al contratista que incumpla la obligación de suministrar esa información. Por su parte, el apartado quinto dispone, de manera expresa, que en el caso de que los gastos ocasionados por los trabajadores subrogados sean superiores a los indicados en esa información, es el



antiguo contratista el que responderá de esa diferencia. De esta forma, la administración queda al margen de la responsabilidad que pudiera derivarse de la inexactitud de dicha información. (...) En cualquier caso, los derechos tanto de los trabajadores como del nuevo contratista quedan debidamente garantizados. En cuanto a los primeros, la empresa habrá de satisfacer, en todo caso, los gastos correspondientes a su prestación de servicios. En cuanto a los segundos, ya hemos visto cómo la ley le permite reaccionar frente al anterior contratista.”

- 2) De las alegaciones del poder adjudicador y del contenido de la propia respuesta se deduce que esta última es una actualización de la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación en el caso de que así lo imponga una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, regulada en el artículo 130 de la LCSP y que debe figurar en los pliegos. Es reseñable que el recurrente no discute la veracidad de la nueva información; por el contrario, la acepta implícitamente porque reclama que debe tener un reflejo en el precio del servicio, hasta el punto de afirmar que el cálculo del PBL contenido en los pliegos no incluye todos los costes salariales y reclama su modificación para incluir el coste al que se refiere la respuesta recurrida.
- 3) La reclamación a la que se refiere el apartado 2) anterior carece de base legal. Como bien apunta el poder adjudicador, el número de trabajadores con derecho a subrogación puede sufrir alteraciones respecto a la información inicialmente facilitada en virtud del artículo 130 de la LCSP. Sin embargo, ello no puede afectar al PBL ya establecido en los pliegos, como exige el recurrente, pues el precio contractual debe fijarse de acuerdo con la situación general del mercado en el momento de determinarlo y, en principio, permanecer invariable durante todo el procedimiento de adjudicación dado que es parte de un documento contractual que rige la licitación. Además, no debe confundirse la plantilla con derecho a subrogación con la plantilla que se propone para la ejecución del contrato, que pueden no coincidir (ver, por ejemplo, la Resolución 41/2022 del OARC / KEAO). Finalmente, cualquier hipotético



perjuicio que pudiera alegarse por los operadores económicos interesados en el contrato derivado de la nueva información quedaría compensado por la ampliación del plazo de presentación de ofertas y, en su caso, por la acción directa contra el anterior contratista a la que se refiere el artículo 130.5 de la LCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública contra la respuesta del poder adjudicador a una consulta de un operador económico en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza y desinfección en la Osi Barrualde – Galdakao (lote 2)”, tramitado por Osakidetza.

**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**TERCERO:** 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2023ko maiatzaren 9a**

Vitoria-Gasteiz, 9 de mayo de 2023