



EB 2021/059

Resolución 095/2021, de 3 de junio, 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 la empresa BPXPORT XXI, SLU contra la adjudicación del contrato “Servicio de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las piscinas de ocio y recreación y en las instalaciones del Polideportivo de Hernani”, tramitado por Ayuntamiento de Hernani.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 7 de abril de 2021 la empresa BPXPORT XXI, SLU (en lo sucesivo, BPXPORT) interpuso 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) un recurso especial frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las piscinas de ocio y recreación y en las instalaciones del Polideportivo de Hernani”, tramitado por Ayuntamiento de Hernani.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación se remitió el recurso al poder adjudicador al que se 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 9 de abril.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de abril se han recibido, el día 22 de abril, las alegaciones de DISPORT EKI, SL. (en adelante, DISPORT).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO: Sobre la pretensión

Se observa que la pretensión que formalmente figura en el escrito es la de que “(...) se conceda el acceso al expediente que se ha negado a esta empresa y poder proceder a completar el recurso, y en cualquier caso se acuerde la suspensión de cualquier acuerdo adoptado en el seno del procedimiento de adjudicación”. No obstante, este OARC / KEAO considera que de los diversos motivos y argumentos expuestos a lo largo del escrito, referidos a una adjudicación sobre una oferta que incumple el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y una valoración arbitraria de los criterios secundarios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, se desprende que la intención manifestada por la recurrente es la de impugnar el acuerdo de adjudicación para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 112.1 de la Ley 39/2015), o dicho de otro modo, consta la pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto que se considera contrario a derecho o, en su caso, de modificarlo o de sustituirlo (ver, por ejemplo, la Resolución 31/2019 del OARC / KEAO). En definitiva, resulta clara la finalidad impugnatoria del escrito, y, consecuentemente, su naturaleza de recurso que, a la vista de lo expuesto en los fundamentos siguientes, deberá tener el tratamiento procedimental de recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de B.B.P. 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 acuerdos marco que tienen por objeto los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

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.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Argumento del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) Según el Informe técnico de valoración DISPORT, adjudicataria impugnada, habría incumplido el anexo IV del PCAP al subrogar tan sólo a 2 de los 24 trabajadores que figuran en el mismo.



- b) Las valoraciones otorgadas en el criterio secundario 1.b) sujeto a un juicio de valor no se corresponden con lo previamente establecido en los pliegos, que contemplan la asignación de 5 ó 0 puntos a las ofertas, pero no de valores intermedios.
- c) Finalmente, solicita el acceso al expediente.

SÉPTIMO: Alegaciones de DISPORT

La adjudicataria impugnada se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) Los pliegos de una licitación no pueden imponer la subrogación de los trabajadores adscritos a un contrato (STS de 18 de junio de 2019), por lo que en ningún caso la subrogación de personal derivaría en un incumplimiento del pliego. No obstante, en este caso el pliego no establece la obligación de subrogación del personal.
- b) En la Memoria técnica de DISPORT se especifica que se subrogará al personal cuando el tipo de contrato obligue a ello que, en este caso y según el convenio colectivo, es la totalidad del personal.
- c) La asignación de 0 puntos a DISPORT en el criterio secundario de adjudicación “1.b) Organización del personal que va a prestar los servicios”, señala que en nada cambiaría la adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) En la motivación del criterio secundario de adjudicación 1.b) Organización del personal que va a prestar el servicio, se valora el planteamiento de la organización



del personal, no el derecho a subrogación, que es una cuestión que no está sometida a valoración.

b) La obligación de subrogación deriva de la legislación laboral y de la aplicación de un convenio colectivo ajeno a la voluntad del Ayuntamiento.

c) La lectura que realiza la recurrente de la cláusula de valoración del criterio de adjudicación no es correcta puesto que, aun reuniendo los mínimos de calidad exigidos de conformidad con el pliego técnico, el programa o proyecto presentado por el licitador puede ser mejorable. En todo caso, aun obteniendo 0 puntos en este apartado, DISPORT seguiría siendo la empresa que mayor puntuación ha obtenido.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Son tres las cuestiones planteadas por el recurso: (i) la solicitud de acceso al expediente, (ii) el incumplimiento de los pliegos por parte de la oferta de DISPORT en lo referente al personal a subrogar y (iii) la incorrecta aplicación de uno de los criterios secundarios de adjudicación sujetos a juicio de valor. El análisis de las cuestiones planteadas debe comenzar por la solicitud de acceso en primer lugar porque su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para la compleción del recurso.

a) Sobre la petición de acceso al expediente

La recurrente pide el acceso a la oferta de DISPORT alegando que, solicitado dicho acceso hasta dos veces, el poder adjudicador se lo ha denegado, debido a lo cual no ha podido efectuar un recurso a pesar de las serias sospechas, con base en la motivación de un criterio de adjudicación, de que incumple los pliegos de la licitación.



Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 86/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión de la recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por la recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado



accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018, 57 y 134/2019 y 30/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido debido a que el motivo fundamental de su petición, la sospecha de que no va a subrogar a la totalidad del personal que figura en un listado adjunto al PPT, ha podido ser alegada sobre la base de la motivación que figura en el informe de valoración del Criterio de adjudicación 1.b) Organización del personal que va a prestar el servicio y se ha podido formular un recurso en base a ella; de hecho, a la recurrente le ha sido suficiente con analizar dicho informe para fundar sus argumentos en torno a la parte de la oferta que incumple los pliegos y los términos en los que se efectúa dicho incumplimiento. En una situación como ésta el acceso a la oferta únicamente serviría para reiterar las afirmaciones efectuadas, que han sido debidamente argumentadas en el recurso, o para comprobar que son infundadas, lo que en cualquier caso supondría una demora injustificada del plazo para la resolución del recurso. A la vista de esta conclusión, el supuesto incumplimiento del poder adjudicador de su obligación de constestar a las dos peticiones de acceso al expediente solicitadas por la recurrente, si bien pudiera constituir un incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 52 de la LCSP y 16.1 del RPE, en este caso concreto



carece de la relevancia necesaria para considerarla como una infracción del derecho de acceso al expediente.

La conclusión a todo ello es que procede analizar las cuestiones planteadas por la recurrente.

b) Sobre el incumplimiento de las bases de la licitación

Alega la recurrente que la oferta de DISPORT incumple los pliegos al derivarse de la motivación que figura en el informe de valoración que no subrogará todo el personal que figura en el Anexo IV del PCAP. El análisis de esta cuestión debe partir de las cláusulas del PCAP que regulan esta cuestión que vinculan a las licitadoras y al poder adjudicador por no haber sido recurridas en su momento.

18.1 Personal a subrogar.

Conforme a las obligaciones establecidas en el convenio laboral de aplicación, la empresa adjudicataria de este contrato deberá subrogarse en la posición de la anterior empresa respecto de los contratos laborales de varios trabajadores.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 130 de la LCSP, la relación de trabajadores que prestan el servicio y las condiciones de sus contratos actuales, datos facilitados por la actual empresa adjudicataria, se recogen en Anexo III al presente pliego, a los efectos de permitir la evaluación de los costes laborales.

El establecimiento de esta obligación en ningún caso supone la creación o el reconocimiento de vínculo laboral o funcional alguno del personal contratado por la empresa adjudicataria, o por las empresas subcontratadas por ésta, con el Ayuntamiento de Hernani.

La empresa adjudicataria, mientras dure el contrato, deberá garantizar a los trabajadores las condiciones laborales que tienen consolidadas actualmente, especialmente, el sueldo, la jornada anual, el horario, permisos, etc.

En el caso de que termine la vigencia del convenio colectivo en la empresa o en el país, no afectará de ninguna manera en las condiciones laborales de los trabajadores del servicio adjudicado.

Los altibajos económicos que pueda haber en la empresa adjudicataria no afectará negativamente en las condiciones laborales de estos trabajadores.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 130.6 de la LCSP se contempla la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por



subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.

A la vista de lo señalado en esta cláusula y de la doctrina de este OARC / KEAO sobre la subrogación de trabajadores (ver, por todas, la Resolución 18/2021) el motivo de impugnación debe desestimarse. Téngase en cuenta que la obligación del nuevo contratista de subrogarse en la relación laboral de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación tiene su origen en las normas laborales o en los convenios colectivos que la establecen. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, los pliegos se limitan a señalar dichas normas o convenios y el personal afectado por ellas para que los operadores económicos interesados puedan tener un adecuado conocimiento de los costes laborales que conlleva su oferta (ver, por todas la Resolución 169/2018 del OARC / KEAO). En este sentido, el citado artículo excluye la posibilidad de que sean los propios pliegos del contrato los que impongan la obligación de subrogación (ver, en este sentido la STSJPV nº 305/2020, de 19 de octubre de 2020, ECLI:ES: TSJPV:2020:1419). Consecuentemente, el parámetro legal para determinar si el contratista incumple o no dicha obligación lo constituirán exclusivamente los mencionados convenios o normas, con independencia del contenido de los pliegos, siendo además una circunstancia que solo puede verificarse con posterioridad a la adjudicación impugnada, momento en el que será efectivo el cambio de empresario y el derecho de los trabajadores a solicitar la subrogación.

Consecuentemente, este motivo de recurso debe ser desestimado.



c) Sobre la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación

Alega la recurrente que el método de valoración fijado, que a su entender únicamente habilita a ponderar con 5 o con 0 puntos, ha sido modificado al otorgar a la oferta de la adjudicataria impugnada 2 puntos en el criterio secundario b) Organización del personal que va a prestar el servicio (calendario laboral, horario...). La redacción del criterio de adjudicación que figura en el PCAP es la siguiente:

II.- PROCEDIMIENTO PARA CONTRATAR
8. PROCEDIMIENTO Y FORMA DE ADJUDICACIÓN

(...)

Criterio 1: Proyecto de programa que se va a desarrollar en la prestación del servicio : hasta 30 puntos, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

El licitador deberá explicar el programa que pretende desarrollar, debiendo recoger como mínimo dichos aspectos:

- a) Objetivos y funciones (tareas) del servicio de socorrismo (5 puntos)
- b) Organización del personal que va a prestar el servicio (calendario laboral, horario...) (5 puntos)
- c) Propuesta sobre las normas de cumplimiento obligatorio, que deberán ser especialmente controladas por los socorristas (5 puntos).
- d) Protocolos de actuación en accidentes (5 puntos).
- e) Coordinación entre la empresa y el Ayuntamiento (5 puntos)
- f) Plan de igualdad de la empresa (5 puntos)

Será necesario conseguir como mínimo 15 puntos en este criterio para poder continuar en el proceso de contratación.

En los casos en los que el licitador presente lo exigido en cada punto recibirá los cinco puntos correspondientes, y si la propuesta no reúne los mínimos de calidad exigidos no se puntuarán.

Con independencia de cual sea la interpretación del método de valoración fijado en los pliegos, debe darse la razón al poder adjudicador y a DISPORT cuando afirman que la eventual estimación del recurso sería irrelevante, ya que la adjudicación permanece inalterada en todo caso. Téngase en cuenta que, aunque se valorara con 0 puntos el criterio secundario de adjudicación denunciado, la oferta de la adjudicataria seguiría con una puntuación (25 puntos) superior al umbral mínimo fijado en los pliegos (15 puntos) y la



ponderación total de su oferta (100,10 puntos) seguiría siendo superior a la de la recurrente (100 puntos). Este OARC/KEAO ya ha manifestado en ocasiones precedentes (por todas, la Resolución 7/2019) que en estos casos no procede anular la valoración, pues el resultado último permanecería siendo el mismo. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 ha manifestado que «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiéndole que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado».

d) Conclusión

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BPXPORT XXI, SLU contra la adjudicación del contrato “Servicio de salvamento, socorrismo y primeros auxilios en las piscinas



de ocio y recreación y en las instalaciones del Polideportivo de Hernani”, tramitado por Ayuntamiento de Hernani.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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, 2021eko ekainaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de junio de 2021