Recurso 369/2022
Resolución 536/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 7 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 13 de septiembre de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio» (Expediente CON 38/20 G 2423/2020), convocado por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de abril de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 19 de abril de 2021, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil. Por último, el 21 de abril de 2021, dicho anuncio de licitación, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del presente contrato, según consta en el anuncio de licitación, asciende a la cantidad de 5.550.702,72 euros. Posteriormente, los días 23 y 30 de abril de 2021 y 6 de mayo de 2021 se publicaron en el mencionado perfil sendas rectificaciones de los pliegos.

La mesa de contratación mediante acuerdo adoptado el 13 de septiembre de 2022 excluye la oferta de la entidad ahora recurrente, según consta en la notificación efectuada.

SEGUNDO. El 3 de octubre de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de 13 de septiembre de 2022 de exclusión de su oferta.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 4 de octubre de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Por la Secretaría del Tribunal, ante la falta de atención del citado requerimiento, con dicha fecha de 7 de octubre de 2022 se le reitera al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

El mismo 7 de octubre de 2022, este Tribunal mediante Resolución M.C. 111/2022 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Tras lo cual, el 14 de octubre de 2022, dado que por parte del órgano de contratación no se ha remitido documentación alguna, y en aplicación de lo previsto en el artículo 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, la Secretaría del Tribunal le ha conferido a la recurrente un plazo de cinco días hábiles para que alegue lo que considere conveniente a su derecho respecto de este incidente y aporte los documentos que considere apropiados para la resolución del recurso.

Al respecto, la recurrente el 21 de octubre de 2022 haciendo uso de dicho trámite manifiesta, además de instar que se inicie un procedimiento de responsabilidad disciplinaria, que a su juicio la documentación necesaria para la adecuada resolución del recurso especial interpuesto es la que en su día acompañó junto con el recurso que interpuso, acompaña toda la demás documentación de la que dispone, según señala por haber sido publicada en el perfil de contratante o bien por habérsela remitido directamente los órganos del Ayuntamiento.

A la vista de lo actuado, dado que el órgano de contratación seguía sin remitir documento o información alguna, la Secretaría de este Tribunal ese mismo día se vio en la necesidad de ponerse en contacto de manera telefónica con el Ayuntamiento de San Roque, instándole a que cumpliera con las obligaciones que le impone el artículo 56.2 de la LCSP. Lo solicitado no fue remitido por el Ayuntamiento hasta el 26 de octubre de 2022 a las 8:43 horas, según consta en la minuta de su registro de salida. No obstante, parte de dicha documentación tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 28 de octubre de 2022.

Por último, dicho día 26 de octubre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de

Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la exclusión de la oferta de la ahora recurrente fue adoptada por la mesa de contratación el 13 de septiembre de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 3 de octubre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas a la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

Así, según consta en la documentación del procedimiento de recurso, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 13 de julio de 2021 se constituye la mesa de contratación al objeto de asistir al órgano de contratación competente en la adjudicación del contrato que se analiza. Abierto el acto por la presidencia, se da lectura del certificado de la Secretaría General en relación a las ofertas presentadas al presente procedimiento. Tras la apertura de la documentación acreditativa de los requisitos previos de determinadas empresas, la mesa acuerda suspender el acto por finalización de la jornada laboral.

Posteriormente, el 22 de julio de 2021, se reanuda la sesión de la mesa de contratación y en lo que respecta a la oferta de la entidad ahora recurrente, en el acta se recoge lo siguiente:

«- Capacidad de Obrar – Capacidad de obrar. (Cumple).
- Capacidad de Obrar – No prohibición para contratar. (Cumple).
- Capacidad de Obrar – Para las empresas extranjeras, declaración de sometimiento a la legislación española. (Cumple).
- Solvencia técnica/económica – Cifra anual de de negocio. (Cumple).
- Solvencia técnica/económica – Control por la entidad contratante sobre la capacidad del empresario. (Cumple).
- Solvencia técnica/económica – Indicación de la parte del contrato que se pretende subcontratar. (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica – Instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad. (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica – Maquinaria, material y equipo técnico para la ejecución del contrato. (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica – Medidas de gestión medioambiental. (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Contar con los medios técnicos y materiales. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Acreditación período medio de pago a los empresarios. (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Contar con los medios humanos. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Compromiso de adquirir nave en San Roque. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Compromiso formal de contar con los medios técnicos, humanos y materiales. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Otros – Contar con los medios técnicos y materiales (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica - Otros – (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Patrimonio neto. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Plantilla media anual. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica - Seguro de indemnización. (No calificado).

- Solvencia técnica/económica – Técnicos o unidades técnicas. (No calificado).
- Solvencia técnica/económica – Títulos académicos y profesionales del empresario y directivos, o responsables de la ejecución. (Subsanable).
- Solvencia técnica/económica – Trabajos realizados. (Cumple).
- Autorizaciones de consulta.
- Último recibo de pago IAE o certificado exención. (Subsanable).
- En los supuestos de uniones de empresarios. (No calificado).
- Póliza de seguro de responsabilidad civil, más recibo de su pago. (No calificado).
- Póliza de seguro de responsabilidad civil, más recibo de su pago – Recibo. (Cumple).
- Póliza de seguro de responsabilidad civil, más recibo de su pago – Póliza. (Cumple).».

Tras lo cual, la mesa acuerda suspender el acto por finalización de la jornada laboral, el cual se reanuda el 14 de septiembre de 2021, procediendo a la calificación de la documentación contenida en el sobre A, del resto de las empresas ofertantes. En este sentido, por la mesa se acuerda la admisión de una de las entidades licitadoras y la petición de subsanación del resto de empresas licitadoras. Respecto de la entidad ahora recurrente indica la mesa que ha de subsanar lo siguiente:

«- Solvencia técnica/económica – Indicación de la parte del contrato que se pretende subcontratar. Debe aclarar lo requerido.
- Solvencia técnica/económica – Instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad. Debe presentar lo requerido conforme al pliego jurídico.
- Solvencia técnica/económica – Maquinaria, material y equipo técnico para la ejecución del contrato. Debe presentar lo requerido en este momento por ser necesario para valorar su solvencia técnica tal y como exige el pliego jurídico.
- Solvencia técnica/económica – Medidas de gestión medioambiental. Debe presentar los certificados de calidad de que dispone para ser valorados en este momento por la mesa.
- Solvencia técnica/económica - Otros – Acreditación período medio de pago a los empresarios. Debe presentar lo requerido.
- Solvencia técnica/económica - Otros – Contar con los medios técnicos y materiales.
- Solvencia técnica/económica – Títulos académicos y profesionales del empresario y directivos, o responsables de la ejecución. No se acredita la experiencia acreditada del titulado en trabajo social en la organización del servicio. Tampoco se acredita la titulación y formación de los auxiliares.
- Último recibo de pago IAE o certificado exención. Debe presentar el certificado de estar dado de alta en el IAE, aún cuando no esté dado de alta en San Roque, así como su pago.».

El mismo 14 de septiembre de 2021, a través de la PCSP, se le solicita a la entidad ahora recurrente que subsane en los términos reproducidos anteriormente en relación a las cláusulas "10.8 y 11.2" del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), según consta en documento aportado por la recurrente. Asimismo, conforme manifiesta la recurrente el 17 de septiembre de 2021 presenta la documentación solicitada.

En lo que aquí concierne, al año siguiente, esto es el 13 de septiembre de 2022 vuelve a reunirse la mesa de contratación y en lo que aquí interesa acuerda proponer al órgano de contratación excluir las ofertas presentadas por las siguientes empresas y por los motivos que se relacionan a continuación:

«(…).
OHL Servicios - Ingesan: No se acompaña la documentación acreditativa de titulación académica y cualificación

profesional tal y como dispone la cláusula 11.3 del pliego, no existiendo ninguna comunicación al respecto a este órgano de contratación de la negación de la actual concesionaria de no aportar dicha información, así mismo revisado de nuevo la cifra de negocio es inferior al importe total del contrato no cumpliendo.
(...)».

Por último, el mismo 13 de septiembre de 2022, a través de la PCSP, se le comunica a la entidad ahora recurrente la exclusión de su oferta con el siguiente contenido:

«Acuerdo de Admisión o de Exclusión
Excluido
No se acompaña la documentación acreditativa de titulación académica y cualificación profesional tal y como dispone la cláusula 11.3 del pliego, no existiendo ninguna comunicación al respecto a este órgano de contratación de la negación de la actual concesionaria de no aportar dicha información, así mismo revisado de nuevo la cifra de negocio es inferior al importe total del contrato no cumpliendo.
** Solvencia Técnica/Económica-Indicación de la parte del contrato que se pretende subcontratar(Cumple) :*
** Solvencia Técnica/Económica-Instalaciones técnicas y medidas para garantizar la calidad*
** Solvencia Técnica/Económica-Maquinaria, material y equipo técnico para la ejecución del contrato*
** Solvencia Técnica/Económica-Medidas de gestión medioambiental(Cumple) :*
** Solvencia Técnica/Económica-Otros(Cumple) :*
** Solvencia Técnica/Económica-Otros*
** Solvencia Técnica/Económica-Títulos académicos y profesionales del empresario y directivos, o responsables de la ejecución (No Subsanable): No se acompaña la documentación acreditativa de titulación académica y cualificación profesional tal y como dispone la cláusula 11.3 del pliego y no existiendo ninguna comunicación al respecto a este órgano de contratación de la negación de la actual concesionaria de no aportar dicha información*
Por los motivos expuestos en los apartados de la plataforma así como en el acta publicada en el mismo.».

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 13 de septiembre de 2022, en el que se contiene la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo *«revoque, anule y deje sin efecto la resolución recurrida, por ser nula y/o anulable y contraria a Derecho, dejando sin efecto la exclusión acordada, y, previa retroacción del expediente de contratación al momento anterior al dictado de la Resolución recurrida, se obligue a la Administración recurrida a incluir la proposición presentada por (…) [la entidad ahora recurrente] en la clasificación de las proposiciones presentadas, por haber sido excluida de forma injusta, sin motivación y sin previo requerimiento de subsanación ni informe alguno, ser viable y de posible cumplimiento y no, y continuando el expediente de contratación por sus trámites, con todo lo demás que sea procedente en Derecho.».*

Alega la recurrente que son tres los motivos que aparecen literalmente en el acuerdo de exclusión, sin embargo, afirma que para mayor claridad los aborda en dos grupos de motivos. En el primero de ellos, se contienen dos causas distintas, una el no aportar la documentación que acredite la titulación académica y cualificación profesional de la plantilla que a día de hoy trabaja con la actual adjudicataria y otra el hecho de no haber

aportado ningún documento que pueda acreditar que su empresa haya solicitado dicha documentación a la actual adjudicataria y que ésta se haya negado a entregarla.

Acto seguido la recurrente indica que antes de continuar con estas dos causas ha de destacar que ni la mesa ni el órgano de contratación le han pedido en ningún momento anterior al del acuerdo de exclusión, que subsanara esa supuesta deficiencia documental, ni que aportara esa documentación a la que solo ahora, al decidir la exclusión, se refiere, lo que supone, de por sí, una irregularidad de procedimiento pues, de haberse entendido que su aportación era imprescindible, se lo debería haberlo hecho saber pidiendo y permitiendo su subsanación, tal y como si lo ha hecho, por ejemplo, con el contenido de las cláusulas "10.8 y 11.2" del PCAP, cuya subsanación pidió el 14 de septiembre de 2021.

En cuanto a la aportación de la documentación solicitada, a su entender, no solo no es esencial e imprescindible para la adecuada tramitación del expediente de contratación, sino que, además, se trata de una aportación intrascendente e innecesaria dado que, como órgano de contratación que adjudicó el contrato a la actual adjudicataria, resulta incuestionable que está en posesión de dicha documentación. Además, el órgano de contratación añade como motivo de exclusión el supuesto incumplimiento de un presunto requisito que ni siquiera existe en los pliegos consistente, al parecer, por lo que se dice en el acuerdo de exclusión, en no aportar un documento que acredite que la actual adjudicataria se haya negado a aportar dicha información.

Afirma la recurrente que el acuerdo de exclusión se basa en el contenido del punto del 2 de la cláusula 11.3 del PCAP, relativa a la acreditación de la solvencia técnica especial, que reproduce en los siguientes términos: «*2.- Relación del personal con indicación de los nombres y cualificación profesional, debiendo acompañarse documentación acreditativa de titulación académica exigida y documentación acreditativa del cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 10 de julio de 2018 conjunta de la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y de la Secretaría General de Servicios Sociales, por la que se establecen los requisitos de acreditación de la cualificación profesional y de las habilitaciones de la personas cuidadoras, gerocultoras y auxiliares de ayuda a domicilio.*».

Al respecto, señala que el contenido del punto 2 puede tener sentido cuando la licitación consiste en adjudicar un contrato para la prestación de un servicio que se realiza por primera vez dado que en dicha situación aun no existe una entidad adjudicataria previa que ya esté empleando a una plantilla como ocurre en el presente caso, en el que, por existir ya una plantilla, que habrá de ser subrogada por la siguiente adjudicataria, el cumplimiento del contenido de la cláusula 11.3 apartado 2 se convierte en una prestación de contenido extremadamente difícil, imposible o incluso ilegal, pues al no disponer de toda esa documentación ni de esa plantilla, al ser ésta la de la adjudicataria actual, no es posible conseguir toda esa documentación, pues aunque se pidiera a la actual adjudicataria ésta no podría entregarla por tratarse de documentación que contiene información de carácter personal.

Solo sería posible solicitándola a cada una las personas que son las titulares de sus certificados académicos si se pudiera contactar con ellas por conocer su identidad y sus datos de contacto y aun así lógicamente cabe esperar que ninguna de ellas entregaría dicha documentación, para que varias empresas puedan presentar sus ofertas, con todos sus datos personales, para licitar a un contrato, cuando ni siquiera se sabe si alguna de ellas será o no finalmente la adjudicataria del contrato. La otra vía, es decir, pedírselo a la actual adjudicataria sería totalmente irregular sino directamente ilegal, pues no existe justificación alguna en la ley en base a la que quepa pedir y entregar dicha documentación puesto que consiste en información de carácter personal, por lo que si ya sería irregular el pedirla peor aún sería el entregarla.

Es por ello que su empresa aportó declaración de compromiso de subrogar al personal que en ella se especifica según el convenido de aplicación, indicando que no se aporta la documentación relativa a la formación del personal por ser información de carácter personal de la que solo dispone la empresa que actualmente gestiona el contrato.

En definitiva, el órgano de contratación echa en falta el cumplimiento de una supuesta obligación que no se encuentra en los pliegos, pues esperaba que se hubiese aportado, o bien la documentación, que el órgano de contratación ya tiene, sobre la titulación académica y cualificación profesional personal de cada uno de los profesionales que está ahora todavía trabajando en los servicios a adjudicar, puesto que los servicios todavía son prestados por la actual adjudicataria, o bien, en caso de que, dichos datos y documentos no pudieran ser aportados por su empresa, por estar la información que se requiere en poder de la actual adjudicataria y negarse ésta a entregarla, al órgano de contratación le habría resultado suficiente algún escrito emitido por la actual adjudicataria, en la que, a pesar de no estar obligada a ello, ésta hiciera constar su negativa a aportarla a quien suscribe, puesto que ésta aun no es la nueva adjudicataria del servicio.

En el segundo de los motivos que señala el acuerdo de exclusión, esto es que la cifra de negocio, que aparece en el documento aportado para acreditar la misma, es inferior al importe total del contrato, afirma la recurrente que las cuentas anuales de su empresa se expresan en miles de euros por lo que la cantidad 264.223,00 debe ser leída en miles de euros, esto es como 264.223.000,00 de euros, que es una cifra claramente muy superior al importe del precio anual de contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso tras reproducir la cláusula 10.8 y la 11.3 del PCAP indica que el pliego, constituye parte del contrato y que la presentación de las empresas supone la aceptación incondicionada por la persona empresaria del contenido de la totalidad de todas sus cláusulas sin salvedad alguna, debiendo por tanto la entidad licitadora, presentar la documentación acreditativa de tales condiciones técnicas especiales en los términos del pliego, no pudiendo por tanto ahora la recurrente querer calificar dicha aportación como intrascendente o innecesaria, pues de entenderlo así debió haber recurrido en su momento el pliego de condiciones, cosa que no hizo, por lo que su presentación a la licitación supone su aceptación incondicionada del pliego de condiciones en todas sus cláusulas no pudiendo cuestionar ahora ninguna.

Por tanto, a su entender, todos los argumentos que aporta ahora la recurrente para intentar cuestionar dicha exigencia del pliego en cuanto a las condiciones especiales de solvencia técnica, deben ser rechazadas por no proceder en este momento una vez presentada la recurrente a la licitación. En este sentido señala el informe al recurso que no estamos ante un defecto o error sino ante la ausencia total de documentación que acredite la solvencia técnica y que debido a lo solicitado ello podría derivar en una cierta ventaja de ella hacia las otras empresas que sí lo han presentado, procediendo la inadmisión de la empresa al declarar el defecto de la documentación como insubsanable y máxime cuando la empresa en cuestión reconoce que no la presenta, porque entiende que no tiene que hacerlo al habérselo solicitado a la actual contratista y ésta, según aquella, haberse negado a su entrega.

En definitiva, los argumentos de la empresa recurrente de que el apartado 2 de la cláusula 11.3 LCSP tendrían sentido si se adjudica por primera vez el contrato, debieron haberlo realizado en un recurso contra el pliego y no ahora una vez presentada a licitación.

Por otra parte, la recurrente señala que dicha documentación solamente sería posible obtenerla solicitándola bien de cada una de las personas que trabaja con la actual adjudicataria, bien de la empresa adjudicataria. Sin embargo, el pliego no dice nada de eso, lo único que exige es relación de las personas con las que cuenta la empresa acompañando la titulación y cualificación exigida en el pliego, sin que conste cláusula alguna referente a la información sobre subrogación de las personas trabajadoras de la actual empresa adjudicataria.

Acto seguido el informe al recurso realiza un amplio argumentario en relación con la subrogación y sucesión empresarial, incluyendo referencias a determinadas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para afirmar que la respuesta a la pregunta de la sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en el caso de cambio de adjudicataria de un contrato público, dependerá de si solo se transmite la actividad o servicio objeto de la contrata o si, además, se transmiten los elementos materiales e inmateriales necesarios para realizar la actividad, o si la entrante ha aportado elementos indispensables para proseguir con ella; de ahí que el pliego no estableciera la obligación legal de subrogación de las personas trabajadoras al entender que no habría sucesión empresarial entre la actual adjudicataria y quien resultara nueva.

De todos modos, entiende el informe al recurso que esta cuestión de si la empresa nueva debe subrogar legalmente o no a las personas trabajadoras de la actual y así contemplarse en el pliego es una cuestión que debió recurrirse en su momento contra el pliego jurídico cuando se aprobó por el órgano de contratación, pero no en este momento. Tampoco planteó en el perfil de contratante durante el plazo de exposición pública ninguna duda o cuestión al respecto.

En definitiva, lo que exige el pliego es presentar la titulación académica y profesional del personal con el que cuenta la empresa. En este sentido, señala que, de hecho, hubo otras empresas que sí lo presentaron y fueron admitidas a la licitación.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, la recurrente agrupa los motivos de la exclusión de su oferta en dos grupos de motivos. El primero de ellos, esto es «*No se acompaña la documentación acreditativa de titulación académica y cualificación profesional tal y como dispone la cláusula 11.3 del pliego, no existiendo ninguna comunicación al respecto a este órgano de contratación de la negación de la actual concesionaria de no aportar dicha información*», basa su exclusión en el incumplimiento por parte de la entidad ahora recurrente del apartado 2 de la cláusula 11.3 del PCAP. En este sentido, procede reproducir en lo que aquí interesa dicha cláusula 11.3 cuyo tenor es el siguiente:

«11.3. Acreditación de la solvencia técnica especial.
De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la LCSP, La solvencia técnica o profesional especial se acreditará mediante:

1.- Compromiso formal de contar con los medios técnicos, humanos y materiales suficientes para poder atender el servicio debidamente.

2.- Relación del personal con indicación de los nombres y cualificación profesional, debiendo acompañarse documentación acreditativa de titulación académica exigida y documentación acreditativa del cumplimiento de lo

dispuesto en la Resolución de 10 de julio de 2018 conjunta de ~~de~~ la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y de la Secretaría General de Servicios Sociales, por la que se establecen los requisitos de acreditación de la cualificación profesional y de las habilitaciones de la personas cuidadoras, gerocultoras y auxiliares de ayuda a domicilio.

3.- Relación de los medios materiales y técnicos de que se dispone para la ejecución del servicio.
(...)».

Al respecto, el artículo 76 de la LCSP dispone lo siguiente:

«Artículo 76. Concreción de las condiciones de solvencia.
1. En los contratos de obras, de servicios, concesión de obras y concesión de servicios, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

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 pues, de lo expuesto en dicho artículo 76 de la LCSP y en la cláusula 11.3 del PCAP, queda claro que la relación del personal que se exige en el apartado 2 de dicha cláusula es la que va a ejecutar la prestación. En este sentido, este Tribunal no puede compartir la afirmación del informe al recurso cuando señala en más de una ocasión que *"el pliego lo único que exige es relación de las personas con las que cuenta la empresa"* o que *"lo que exige el pliego es presentar la titulación académica y profesional del personal con el que cuenta la empresa",* dado que dicha interpretación del informe al recurso no se ajusta a lo dispuesto en el citado artículo 76 de la LCSP, y que la relación de la personas con las que cuenta la empresa con la cualificación profesional y las habilitaciones de la personas cuidadoras, gerocultoras y auxiliares de ayuda a domicilio, en nada influyen en la contratación que se examina, salvo que las mismas se adscriban a la ejecución del contrato que se licita.

Sí ha de darse la razón al informe al recurso cuando señala que la recurrente debió haber recurrido en su momento el pliego de condiciones, cosa que no hizo, por lo que su presentación a la licitación supone su aceptación incondicionada del mismo no pudiendo cuestionar ahora ninguna. En efecto, en buena parte de sus alegaciones la recurrente cuestiona la legalidad del apartado 2 de la cláusula 11.3 del PCAP, que sin embargo consintió al no cuestionarlo en un potencial recurso contra los pliegos.

Sin embargo, como asimismo se defiende en el recurso, la recurrente a juicio de este Órgano no incumplió el mencionado apartado 2 de la cláusula 11.3 del PCAP, pues como afirma y no cuestiona el informe al recurso y ha podido ser constatado por este Tribunal, aportó declaración de compromiso de subrogar al personal que en ella se especifica, indicando además que no se aportaba la documentación relativa a la formación del personal por ser información de carácter personal de la que solo dispone la empresa que actualmente gestiona el contrato. Asimismo, aportó experiencia de dos personas tituladas en trabajo social para la organización del servicio.

En efecto, partiendo de la premisa de que la relación que se exige en dicho apartado 2 es la de las personas que se van a adscribir a la ejecución del contrato, con independencia de que operase o no la subrogación laboral -que en el presente supuesto sí opera conforme se dispone en la cláusula 29.4.7 del PCAP-, lo cierto es que dentro de la libertad empresarial las entidades licitadoras pueden pretender adscribir a la ejecución del contrato al personal de la anterior persona contratista, bien sea total o parcialmente, incluso de operar la subrogación como ocurre en el supuesto que se examina podría haber determinadas personas trabajadoras que de forma voluntaria no se subroguen con la empresa empleadora, o que ésta a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios, por lo que podría adscribir a la ejecución del contrato a personal de nueva planta, bien porque lo tenga en parte o en su totalidad en su plantilla o bien porque pueda contratarlo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que lo que se exige en el mencionado apartado 2 es la cualificación del personal que se va a adscribir a la ejecución del contrato, que el apartado 3 del artículo 76 de la LCSP dispone que la adscripción de los medios personales 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, y que en el presente caso opera la subrogación laboral, nada obsta a que la distintas entidades licitadoras en el supuesto que se examina puedan adscribir a la ejecución del contrato total o parcialmente al personal de la anterior contrata que venía realizándola.

En este sentido, es razonable entender que de optar alguna licitadora por adscribir personal de la anterior contrata a la ejecución del nuevo contrato, no estaría en condiciones de poder aportar la documentación acreditativa de la titulación académica y cualificación profesional de dicho personal por razones obvias y que han sido puestas de manifiesto en el recurso. Interpretar lo contrario, esto es que aun cuando se pretenda adscribir al personal de la anterior contrata ha de aportarse la citada documentación acreditativa, supondría una flagrante vulneración del principio de igualdad de trato, pues se dejaría en manos de la actual empresa contratista la admisión o no de aquellas licitadoras que pretendieran adscribir personal que venía ejecutando la prestación.

Asimismo, aun cuando como se ha expuesto los pliegos han sido consentidos, entiende este Tribunal que es preciso realizar algunas consideraciones sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo en la contratación pública, dado que es objeto de alegaciones en el informe al recurso. Al respecto, la LCSP regula en su artículo 130 la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. En este sentido, y en lo que aquí concierne, el apartado 1 del mismo dispone lo siguiente:

«*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, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.».

En este sentido, en el presente supuesto es de aplicación el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (en adelante Convenio aplicable), que en su capítulo XIII, artículos 71 y 72, regula la adscripción y la subrogación laboral.

Así las cosas, los términos en que debe comprenderse esta obligación de los servicios dependientes del órgano de contratación prevista en el citada artículo 130 de la LCSP han sido ampliamente tratados por la doctrina de los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, así como por las juntas consultivas de contratación pública. En este sentido, este Tribunal se ha manifestado sobre el particular en varias de sus Resoluciones, entre otras, en la 384/2015, de 4 de noviembre, en la 15/2016, de 28 de enero, 119/2017, de 9 de junio y 138/2018, de 10 de mayo. En ellas se hace referencia a su vez al informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que afirma en sus consideraciones jurídicas que «*En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares.»*. Este criterio es matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que en el segundo párrafo de su consideración jurídica segunda señala *«La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos (...).»*.

Asimismo, se cita en aquellas resoluciones el informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que dispone en su consideración jurídica segunda que «*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.»*.

Así lo recuerda, sigue señalando el citado informe 6/2012 de la Junta Consultiva de Aragón, la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 23 febrero de 2011, afirmando que *«La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en el correspondiente*

convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público [posteriormente artículo 120 del TRLCSP y actualmente artículo 130.1 de la LCSP]».

Así pues, la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando una persona contratista sucede a otra, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate (v.g. Resoluciones de este Tribunal, además de las ya mencionadas, las 251/2017, de 21 de noviembre, 211/2018, de 7 de junio, 276/2020, de 6 de agosto y 416/2022, 4 de agosto).

En este sentido se ha manifestado asimismo en numerosas Resoluciones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en las 134/2017, de 3 de febrero y 217/2017, de 24 de febrero, en ellas se dispone que *«(…) el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP [actual 131.1 de la LCSP], de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria»*.

En definitiva, con independencia de lo expuesto en la citada cláusula 29.4.7 del PCAP, ha de entenderse que existe, al menos, la apariencia de la obligación de subrogación siempre que se pudiesen dar las circunstancias establecidas en dichos artículos 71 y 72 del Convenio aplicable, y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación.

En ese sentido, no es posible compartir determinadas afirmaciones sobre la subrogación laboral vertidas en el informe al recurso, tales como que "*sin que conste [en el PCAP] cláusula alguna referente a la información sobre subrogación de las personas trabajadoras de la actual empresa adjudicataria*" o que *"de ahí que el pliego no estableciera la obligación legal de subrogación de las personas trabajadoras al entender que no habría sucesión empresarial entre la actual adjudicataria y quien resultara nueva"*, pues sí consta dicha información en el listado del personal subrogable publicado junto a los pliegos en el perfil de contratante así como la obligación de subrogación en la mencionada cláusula 29.4.7 del PCAP, además de todo lo expuesto ut supra.

Por último, en el segundo de los motivos del recurso en el que se señala que el acuerdo de exclusión indica que la cifra de negocio que aparece en el documento aportado para su acreditación es inferior al importe total del contrato, se afirma por la recurrente que las cuentas anuales de su empresa se expresan en miles de euros por lo que la cantidad 264.223,00 debe ser leída en miles de euros, esto es como 264.223.000,00 de euros, que es una cifra claramente muy superior al importe del precio anual de contrato.

Pues bien, el informe al recurso nada indica sobre este motivo de exclusión. Tal ausencia por parte del órgano de contratación de alegación alguna que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el presente motivo de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo y 537/2021, de 10 de diciembre, de este Tribunal, entre otras muchas).

En todo caso, este Tribunal ha podido constatar en la documentación acreditativa de la cifra de negocios aportada por la entidad ahora recurrente, que en multitud de ocasiones aparece como unidad "miles de euros", por lo que ha de darse la razón a la recurrente.

En consecuencia, con base en la consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 13 de septiembre de 2022, por el que se excluye la oferta de la entidad ahora recurrente del procedimiento de licitación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa de contratación a admitir a la entidad ahora recurrente, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 13 de septiembre de 2022, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio» (Expediente CON 38/20 G 2423/2020), convocado por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda por el órgano de contratación en los términos expuestos en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 7 de octubre de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dado el incumplimiento de plazos expuesto en los antecedentes de esta resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.