



Recurso nº 343/2014 C.A. Illes Balears 031/2014

Resolución nº 409/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.J.P.M., en nombre y representación de INICIATIVES DE CIUTAT, S. L., contra la Resolución del Vicepresidente de Cultura, Patrimonio y Deportes del Consell de Mallorca, de 2 de abril de 2014 por la que se entiende que la citada empresa ha retirado la oferta presentada en la licitación y se requiere documentación al siguiente licitador clasificado del “CONTRATO DE SERVICIO PARA PRESTAR APOYO A LA ORGANIZACIÓN DEL PROGRAMA JOCS ESPORTIUS ESCOLARS DURANTE LAS TEMPORADAS 2014/2015 Y 2015/2016”, licitado por Consell Insular de Mallorca, entidad local del territorio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 2 de octubre de 2013 el Consejo Ejecutivo del Consell de Mallorca aprueba el expediente de contratación del servicio para dar soporte a la organización del programa Juegos Deportivos Escolares durante las temporadas 2014/2015 y 2015/2016.

Se anuncia la licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (en adelante BOIB) de 24 de octubre de 2013, dando simultáneamente un plazo de 10 días de exposición al público de los pliegos, de conformidad con lo establecido en el artículo 188.3 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Islas Baleares (en adelante LIB 20/2006), previendo que, si durante dicho plazo, se presentaran reclamaciones, se suspendería la licitación y el plazo para la presentación de

proposiciones, cuando así fuese necesario para resolverlas. Igualmente se publica en el perfil del contratante.

El 29 de octubre de 2013, se dicta Resolución del Vicepresidente de Cultura, Patrimonio y Deportes suspendiendo el plazo para presentar ofertas, publicándose en el BOIB del día 9 de noviembre de 2013, que corrige un error apreciado en los documentos del expediente relativo a las referencias en la previsión de necesidades y precios unitarios de los servicios de ambulancias de soporte vital básico y soporte vital avanzado.

El 4 de noviembre de 2013, se presenta escrito de reclamaciones a los pliegos, al amparo de lo previsto en el artículo 188.3 de la LIB 20/2006, por INICIATIVES DE CIUTAT S .L.

El 27 de noviembre de 2013, el Consejo Ejecutivo del Consell de Mallorca corrige el error detectado relativo a las ambulancias e inadmite la reclamación formulada por INICIATIVES DE CIUTAT S. L., el acuerdo se publica en el BOIB de 29 de noviembre de 2013.

Por Resolución del Vicepresidente de Cultura, Patrimonio y Deportes de 4 de diciembre 2013, se interrumpe el plazo para presentar ofertas, por no haberse publicado en el perfil del contratante la información prevista en la cláusula 24.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), relativa al personal que, de acuerdo con el II Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, queda afectado por la cláusula de subrogación prevista en aquel. El 9 de diciembre de 2013 se publicó en el perfil del contratante la información relativa al personal, y el 26 de diciembre se publica anuncio iniciando un nuevo plazo de quince días naturales para presentar ofertas.

El valor estimado del contrato es de 2.486.840 euros, IVA excluido, clasificado como servicio, categoría de servicio 26, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, referencias de nomenclatura CPV, 9200000-1.

El contrato es por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, dividido en dos lotes, con varios criterios de adjudicación, todo ellos de aplicación automática o mediante fórmula.

En el cuadro de características del PCAP, en la versión traducida al español por el órgano de contratación del original en la lengua propia de Comunidad, se establece.

En el apartado F.5, *“concreción de las condiciones de solvencia”*.

“Además de la solvencia o de la clasificación indicadas, se exige que se adscriban a la ejecución del contrato, como mínimo, los medios personales y/o materiales siguientes:

El licitador deberá presentar un compromiso de que, de conformidad con lo que al efecto dispone las cláusulas 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 del Pliego de Prescripciones Técnicas, dedicará a la ejecución del contrato el transporte de pasajeros, el transporte de material, las ambulancias y el personal en los términos exigidos.

Respecto a los servicios de transporte de material, de pasajeros y de ambulancias, a los efectos de lo previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP, en relación con el artículo 64.2, el licitador que haya presentado la oferta económica más ventajosa tendrá que presentar, en su caso, los preacuerdos firmados con las correspondientes empresas de transportes de pasajeros, de transporte de material y de ambulancias y, en cualquier caso, la tarjeta de transportes de pasajeros en vigor expedida por el Gobierno de las Islas Baleares y célula sanitaria establecida en el RD 619/1998, de 17 de abril, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación del personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera.

Respecto al personal, a los efectos de lo previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP, en relación con el artículo 64.2, el licitador que haya presentado la oferta económica más ventajosa tendrá que presentar un listado del personal del que dispone en plantilla, señalando la titulación académica acreditativa de que está habilitado para desarrollar las funciones descritas en los pliegos técnicos. Si los medios personales no son personal propio del licitador, se acreditará mediante un preacuerdo entre el licitador y las personas físicas en virtud del cual éstas se comprometan caso de resultar adjudicatario aquel, a prestar sus servicios para ejecutar el presente contrato.”

Especificación de los nombres y la calificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación, NO.

Compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales indicados, Sí.

Carácter de obligaciones esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 f del TRLCSP, Sí.”

En el apartado Q, “subcontratación” establece.

“Se permite en las condiciones siguientes:

No se puede superar el 70% del importe de adjudicación.

Se exige presentar una declaración sobre la parte del contrato que el licitador prevé subcontratar, en los términos del artículo 227.a del TRLCSP”

En la cláusula 24.6 del PCAP, una vez más en la versión traducida al español por el órgano de contratación del original en la lengua propia de Comunidad, se establece.

“En los casos exigidos por la normativa vigente, el contratista estará obligado a subrogarse como empleador en las relaciones laborales de los trabajadores. La relación y las condiciones laborales de estos trabajadores se detallarán en el documento anexo a este Pliego.

Cuando se produzca esta subrogación, el contratista deberá proporcionar al órgano de contratación la información relativa a la relación y a las condiciones laborales de los trabajadores que deban ser objeto de subrogaciones sucesivas. Deberá facilitar dicha información a requerimiento de este órgano y, en todo caso, con una antelación mínima de cuatro meses respecto de la finalización del plazo de ejecución del contrato.”

En las prescripciones 7, 9, 10, y 12, del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), igualmente en la versión traducida al castellano por el órgano de contratación del original en la lengua propia de Comunidad, se establece.

“7. MEDIOS DE TRANSPORTE. AUTOCARES

La empresa adjudicataria deberá proporcionar los autocares necesarios para el transporte de los niño/as participantes en las actividades de los JEE

Tipo de autocares:

- Autocares con capacidad para 55 pasajeros

- Autocares con capacidad para 35 pasajeros

La previsión de necesidades de autocares para los JEE es de 80 autocares con capacidad de 55 pasajeros y 140 Autocares con capacidad de 35 pasajeros durante el periodo de vigencia del contrato (...)"

"9. TRANSPORTE DEL MATERIAL

La empresa adjudicataria proporcionará los vehículos necesarios para el transporte de los recursos materiales necesarios para el desarrollo de las actividades de los JEE al lugar donde se celebre el evento, así como el conductor más un ayudante de carga y descarga para estos vehículos. El conductor del vehículo desarrollará también la tarea de carga y descarga de material. Tipos de vehículos:

- Camión

- Capacidad de carga hasta 3.500 Kg

- Plataforma mecánica para subir y bajar la carga

- Furgón / furgoneta

- Capacidad de carga hasta 1700 kg

La previsión de necesidades de servicio de transporte de material para los JEE es de 960 servicios de camión y 480 de furgón / furgoneta. (...)"

"10. AMBULANCIAS

Determinadas actividades que integran los JEE hacen necesario disponer de un servicio preventivo sanitario para cubrir las posibles incidencias, accidentes o indisposiciones de los deportistas participantes, garantizando en todo momento su seguridad.

La empresa adjudicataria deberá proporcionar ambulancias necesarias para cubrir las actividades que integran el programa JEE.

La DIE, determinará qué actividades, en función de sus características requerirán de este servicio. Asimismo la DIE determinará el tipo de ambulancia en función de la actividad y la legislación que resulte de aplicación.

Estos servicios se concretan en:

a) Previsión de 25 servicios de ambulancias de soporte vital avanzado (clase C): se entiende por ambulancia de soporte vital avanzado los vehículos acondicionados para asistencia sanitaria " in situ" y traslado de pacientes, dotados de personal sanitario cualificado y equipadas de los aparatos necesarios para llevar a cabo su cometido incluida la RCP avanzada .

b) Previsión de 20 servicios de ambulancias de soporte vital básico y atención sanitaria inicial (clase B): se entiende por ambulancia de soporte vital básico los vehículos acondicionados para asistencia sanitaria " in situ" y traslado de pacientes. La dotación de personal de estos vehículos será de conductor y ayudante.

c) Previsión de 10 servicios de ambulancias no asistenciales convencionales: Destinadas al traslado de pacientes en camilla (clase A1)

Todas ellas deberán reunir los requisitos, características técnicas, equipamiento sanitario y dotación de personal mínima, previstas en el RD 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera.

Se considera un servicio la presencia en el lugar del evento durante 4 horas.”

“12. PROFESIONALES DEL SERVICIO

Para este servicio el Consell de Mallorca designará de entre su plantilla de personal un/a director/a del programa, que coordinará, controlará y supervisará el desarrollo de las actividades.

La empresa adjudicataria designará de entre su plantilla de personal un/a coordinador/a de programa que estará continuamente relacionado/a con el/la director/a del programa del Consell de Mallorca.

Para el desarrollo del programa de los JEE se necesitan dos figuras de trabajadores: el/la colaborador/a comarcal y el/la monitor/a.

Los colaboradores/as como los monitores/as estarán supervisados, en el desarrollo de sus tareas, por el personal del Consell de Mallorca y serán personal contratado por la empresa adjudicataria.

La función principal de los colaboradores/as y monitores/as será la de controlar y desarrollar, a nivel técnico, la organización, desarrollo y la participación en las actividades de los JEE.

Todo el personal será contratado libremente por la empresa adjudicataria, siendo de su responsabilidad la organización y dirección de la actividad laboral de sus empleados, respeto de las normas laborales y de seguridad social, así como de las condiciones de la prestación de las actividades, la ejecución de las que se contrata, y en ningún caso o circunstancia les dará derecho a pertenecer a la plantilla del Consell de Mallorca.

La empresa adjudicataria deberá disponer del personal suficiente y con capacidad técnica y titulaciones necesarias para desarrollar las diferentes actividades cumpliendo, en todo caso, la legislación vigente.

Se prevé que se necesiten 8 colaboradores mensuales con un promedio de trabajo de 60 h/mensuales cada uno durante la duración del contrato. Las personas que desarrollen la tarea de colaborador deberán tener la formación prevista en el vigente convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. Asimismo, la empresa deberá cumplir con el régimen de retribuciones salariales con sus trabajadores previsto en el mencionado convenio colectivo.

Se prevé que se necesiten una media de 1800 h/mensuales de trabajo de monitores durante la duración del contrato.

Las personas que desarrollen la tarea de monitor deberán tener la formación prevista en el vigente convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. Asimismo, la empresa deberá cumplir con el régimen de retribuciones salariales con sus trabajadores previsto en el mencionado convenio colectivo.”

Segundo. A la licitación concurrió la recurrente INICIATIVES DE CIUTAT, S. L. y ESPORTS 85 S. L.

El 29 de enero de 2014 la mesa de contratación procede al examen de la documentación contenida en el sobre referido a la documentación administrativa acreditativa de la capacidad para contratar y de la solvencia, siendo admitidos ambos licitadores una vez subsanados los defectos observados.

El 6 de febrero de 2014 la mesa en acto publico procede a la apertura del sobre correspondiente a los criterios de valoración aplicables de forma automática o mediante fórmula.

La oferta de INICIATIVES DE CIUTAT, S. L. contiene de conformidad con el PCAP Proposición económica ajustada al modelo y la declaración sobre la intención de suscribir subcontratos a que hace referencia en el artículo 227.2.a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

En este último compromiso señala que subcontratará las siguiente prestaciones, i) transporte de recursos humanos (autocares), hasta un máximo de 61.000 euros, ii) ambulancias hasta un máximo de 31.400 euros, iii) baños prefabricados hasta un máximo de 1.900 euros, iv) recursos humanos hasta un máximo de 555.700 euros, siendo el porcentaje total de subcontración sobre la oferta económica de 68,7%.

La mesa en el referido acto de 6 de febrero acuerda a la vista de las ofertas proponer al órgano de contratación la clasificación de las proposiciones presentadas por el orden decreciente siguiente, primera INICIATIVES DE CIUTAT S. L. y segunda ESPORTS 85 S. L.

El 11 de febrero de 2014 el Vicepresidente de Cultura, Patrimonio y Deportes acuerda la clasificación de las proposiciones propuesta y requiere a INICIATIVES DE CIUTAT S. L., para que presentase la documentación acreditativa de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de haber constituido la garantía definitiva, del abono de los gastos de publicidad y de la disposición efectiva de los medios que se había comprometido a dedicar o adscribir en su oferta, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, notificandose el 17 de febrero de 2014.

El día 19 de febrero 2014, INICIATIVES DE CIUTAT S. L. presenta la documentación requerida.

El 13 de marzo 2014, el órgano de contratación solicita a INICIATIVES DE CIUTAT S. L. para que subsanase determinados aspectos relativos a la justificación de la efectiva disposición de medios que se se había comprometido a dedicar o adscribir en su oferta, concretamente los referidos a la prestación del servicio de transporte de material y de personal.

Se intenta notificar personalmente a un representante de la empresa, requerido telefónicamente al efecto, quien, personado en las dependencias de la Dirección Insular de Deportes el 14 de marzo 2014, se niega a firmar el recibí del requerimiento, en vista de lo cual, se notifica por correo electrónico el 19 de marzo a la direccion designada por la empresa, se publica en el perfil del contratante en esa misma fecha, y finalmente se notifica por correo ordinario el 21 de marzo 2014.

El 19 de marzo 2014, INICIATIVES DE CIUTAT S. L. presenta un escrito informando sobre las gestiones realizadas para la subrogación de personal.

El 21 de marzo de 2014 INICIATIVES DE CIUTAT S. L. presenta un escrito, donde manifestaba su desacuerdo ante el requerimiento efectuado y adjunta la documentación relativa a preacuerdos con dos personas físicas y la documentación técnica de una furgoneta su propiedad.

El 2 de abril de 2014 el Vicepresidente de Cultura, Patrimonio y Deportes dicta Resolución por la que, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, declara que debe

entenderse que INICIATIVES DE CIUTAT S. L. ha retirado la oferta presentada a la licitación del contrato por haber incumplido el requerimiento en el plazo y forma establecidos, y se requiere a la siguiente empresa clasificada a presentar aquella documentación. Dicha resolución se publicó en el perfil del contratante y se notificó por correo ordinario el mismo el día 3 de abril de 2014, con sello de salida del registro administrativo de esa misma fecha.

La comunicación contiene pie de recurso ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El 11 de abril 2014 INICIATIVES DE CIUTAT S. L. anuncia al órgano de contratación la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El 22 de abril de 2014, e igualmente ante el órgano de contratación, presenta recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución de 2 de abril de 2014 por la que se declara que se entiende retirada la oferta de la recurrente por haber incumplido la obligación de presentar la documentación exigida por el artículo 151.2 del TRLCSP.

En el suplico incorpora el siguiente *petitum*.

“(...) Declare nulidad de la resolución objeto de este recurso y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento del artículo 151 del TRLCSP, acordándose la adjudicación del contrato administrativo citado a favor de INICIATIVES DE CIUTAT, S.L., con declaración expresa, en cualquier caso, de no apreciar la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de este recurso. Admitiendo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 del TRLCSP el recibimiento del recurso a prueba”

Cuarto. El 24 de abril de 2014, el órgano de contratación remite el recurso a este Tribunal acompañándolo de su informe, y más adelante el expediente de contratación.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, el 9 de mayo 2013, da traslado del recurso interpuesto al otro licitador, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, haciendo aquel uso de su derecho oponiéndose a la estimación del recurso.

Séptimo. Interpuesto el recurso, el 16 de mayo de 2014 la Secretaria, por delegación del Tribunal, dicta resolución por la que se acuerda adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del TRLCSP y la cláusula tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, el 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012, toda vez que la entidad contratante es una Corporación Local de su ámbito territorial.

Segundo. La recurrente es licitadora del procedimiento al que se refiere el acto de adjudicación recurrido, por lo que tiene legitimación activa para interponer el recurso conforme al artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acto de declaración de retirada de la oferta en aplicación del artículo 151.2 del TRLCSP de un contrato de servicios y se requiere al siguiente clasificado a que presente la documentación prevista en dicho precepto, incluido en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros.

El artículo 40.2.b) del TRLCSP señala que son recurribles *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*.

El acto es de naturaleza compleja por cuanto acumula dos mandatos o actos claramente diferenciados, el primero de los cuales, la declaración de retirada de la oferta del licitador por incumplimiento de la obligación de justificar la efectiva disposición de los medios comprometidos es un acto de trámite cualificado, impide al licitador afectado continuar el procedimiento y por tanto es recurrible diferenciadamente de la resolución del procedimiento, el segundo, el requerimiento al siguiente licitador clasificado para que aporte la documentación prevista en el artículo 151.2 del TRLCSP, es un acto de trámite no recurrible independientemente.

Por todo ello el acto recurrido, en lo que se refiere a la declaración de retirada de oferta de la recurrente, reúne los requisitos exigidos por el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP para poder considerarlos susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Hemos de examinar si el escrito de recurso ha sido interpuesto en plazo y forma.

El acto recurrido fue notificado individualmente al recurrente el 3 de abril y el recurso se presentó el 22 de abril de 2014, dentro del plazo señalado en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Asimismo la recurrente ha anunciado previamente la interposición como prescribe el artículo 44.1 del TRLCSP.

Consiguientemente el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

Quinto. La recurrente fundamenta su recurso en los siguientes argumentos, que el PCAP y PPT son imprecisos y de difícil interpretación en cuanto a la adscripción de medios se refiere así como la inconcreción, a su juicio, del requerimiento de documentación efectuado, quedaba en manos del licitador requerido decidir cómo se acreditaban aquellos medios, bastando por ello con *“reiterar”* respecto de los medios materiales, su compromiso de realizar los transportes de material con medios propios, y respecto a los medios personales, *“atendiendo la obligación de subrogar un listado concreto de trabajadores, facilitado por el órgano de contratación con posterioridad a la publicación de los pliegos del concurso”*, con adjuntar el currículo de los profesionales designados como responsables de la ejecución del contrato, notificando igualmente que había iniciado los

trámites de subrogación de la plantilla de conformidad con el convenio laboral aplicable y las determinaciones de los pliegos, considerando que dicha documentación era suficiente siendo improcedente y contrario a los pliegos el requerimiento de subsanación.

Así, respecto de los medios de transporte de material, alega frente al requerimiento que *“no cabe inferir de los pliegos ninguna exigencia expresa para los licitadores de disponer de una flota de vehículos, sino tan solo de dedicar al servicio <<los medios que sean necesarios>> que, como se ha visto a lo largo de este recurso, se establecían en base a una cantidad máxima de servicios de camión y furgoneta, concretada en un número determinado de unidades u horas de servicio”* entendiéndose que *“no había ninguna exigencia en los pliegos de disponer de un determinado número de vehículos ni que éstos tuvieran que ser propiedad del licitador si elegía realizar ese trabajo con medios propios”* y que los pliegos solo establecen esa necesidad de acreditación si el servicio va a ser subcontratado, así como respecto a la concreción de medios personales que *“tras subsanar el hecho de que no se habían aportado dos preacuerdos (el tercer profesional ofrecido ya formaba parte de la plantilla de nuestra empresa en ese momento), recordábamos al órgano de contratación que no podía presentarse una lista de personal por cuanto esa interpretación contradecía lo actuado por la propia administración actuante, que, con posterioridad a la publicación de los pliegos, había establecido la obligatoriedad de subrogar la plantilla de trabajadores de la empresa saliente”* por lo que bastaba con completar la plantilla que debía ser subrogada con dos colaboradores y con un Coordinador propios.

El órgano de contratación en su informes señala de contrario que, en lo que se refiere a los medios de transporte, el licitador en su oferta hizo un compromiso de subcontratación que no incluía los medios de transporte de material, por lo que tenía que desarrollar con medios propios, al estar el licitador vinculado por su oferta, que es invariable habiendo presentado como único documento justificativo las copias de la ficha técnica y del permiso de circulación de un vehículo de su titularidad cuando el PPT exige al menos dos vehículos.

En cuanto a los medios personales la recurrente aportó únicamente los currículos de tres personas y posteriormente un documento de 20 de marzo de 2014, donde dos personas

se comprometen a prestar sus servicios manifestando que este compromiso ya estaba vigente en el periodo comprendido entre los días 18 de febrero y el 28 de abril de 2014. Respecto al hecho que menciona el licitador de exigir que se tenga que disponer del personal entre los días 18 de febrero de 2014 y 28 de febrero de 2014 equivale a interpretar que se debía disponer de estos medios antes de licitar, no es así ya que no se le exige acreditar que el personal esté ya contratado por la empresa, sino únicamente que aportara antes de la adjudicación los preacuerdos firmados con las personas que preveía contratar para prestar el servicio o el listado del personal que dispusiera en plantilla, si los medios personales para prestar el servicio fueran propios, en los términos establecidos en el pliegos y en su oferta.

No ha resultado acreditado que disponga efectivamente de los ocho colaboradores a que se había comprometido en su oferta, pues no se ha presentado ni el listado del personal de que dispone en plantilla, sino tan sólo dos preacuerdos entre el licitador y dos personas físicas en virtud de los cuales se comprometen a prestar sus servicios como colaboradores, y no ha aportado nada (ni listado ni preacuerdos) respecto del personal que debía desarrollar las tareas de monitores.

Respecto al tema de la subrogación de personal, señala que no es una obligación que se derive de los pliegos del contrato, sino de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, limitándose la administración a cumplir con lo previsto en el artículo 120 del TRLCSP. El procedimiento de subrogación del personal entra en el ámbito laboral-privado de la empresa o empresas y de los trabajadores, de modo que la subrogación no viene determinada por la voluntad de la Administración contratante sino por la normativa laboral y, concretamente por lo dispuesto en el II Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, de modo que la información sobre el personal con derecho a subrogación, como prevé el artículo 120 del TRLCSP, tiene por objeto que las empresas licitadoras evalúen los costes laborales de dicha medida. *“De hecho, existiría la posibilidad de que un posible licitador que resultase adjudicatario del contrato prestase el servicio con personal propio, o con el personal que estimase conveniente, indemnizando al personal con derecho a ser subrogado”.*

Sexto.- Antes de entrar a examinar lo alegado por la recurrente hemos de recordar nuestra doctrina sobre la adscripción de medios personales.

El artículo 64.2 del TRLCSP dispone.

“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, 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, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”

El artículo artículo 151.2 del TRLCSP, dispone.

“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

A propósito de tales preceptos señalamos en nuestra Resolución número 274/2014, de 28 de marzo, en relación con la acreditación de la solvencia y de la adscripción de medios, que el artículo 64.2 TRLCSP permite que los órganos de contratación puedan exigir a los licitadores que, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios materiales o personales suficientes para ello. En definitiva, como señalamos en la Resolución 615/2013, de 13 de diciembre, lo que se exige es una obligación adicional de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios, materiales o personales, concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración.

Por su parte las Resoluciones números 11/2012, 174/2012, 61/2013, 189/2013, y 201/2014, entre otras, señalan que lo que dispone el artículo 64.2 no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del TRLCSP, pues a diferencia de éste, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato.

Así señalamos en nuestra Resolución número 281/2011, de 16 de noviembre, que *"el artículo 53.2 [de la LCSP hoy 64.2 del TRLCSP], incardinado en la Subsección de la Ley dedicada a la solvencia, se refiere a la posibilidad que tienen los órganos de contratación de <<exigir a los candidatos 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>>".*

En fin, como puede apreciarse, lo que se puede exigir a los licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, es un compromiso de dedicar o adscribir determinados medios a la ejecución del contrato, pero no que acrediten disponer de tales medios mientras dura el proceso de contratación. Y si se hubiera incluido en el pliego de cláusulas administrativas, como medida adicional de solvencia, podría exigirse, al amparo del artículo 135.2 LCSP [hoy 151.2 del TRLCSP], al licitador cuya oferta hubiera resultado la

más ventajosa que justificase, en el plazo de 10 días, que disponía efectivamente de /os medios comprometidos."

Es por tanto en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

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

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

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

Igualmente el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 151.4 TRLCSP, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP, procediendo en

caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las oferta, la documentación requerida por dicho precepto.

Esta comprobación es cualitativamente distinta de la de la fase de solvencia, así en fase de solvencia basta con el compromiso de adscripción, mientras que en el tramite previsto en el artículo 151.2 TRLCSP la documentación exigida al contratista propuesto como adjudicatario que este debe aportar ha de ser suficientemente acreditativa de la efectividad de la adscripción de medios, no bastando con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues, como señala la Resolución número 11/2012, *“corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente usar los medios de todo tipo invocados”*.

Por último, en las Resoluciones números 153/2011, de 1 de junio y 61/2013, de 6 de febrero, examinamos la posibilidad de ampliación de plazo y la de subsanación de la documentación requerida en el trámite previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

El citado precepto regula un trámite previo a la adjudicación del contrato, según el cual el órgano de contratación requerirá al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, en el plazo de diez días hábiles, aporte determinada documentación, de manera que si no se presenta la documentación exigida, se considerará que el licitador retira su oferta, debiéndose requerir al licitador siguiente, atendiendo al orden de clasificación de las ofertas.

El citado plazo de diez días hábiles que establece el artículo 151.2 del TRLCSP para aportar la documentación exigida en el mismo no puede ser rebasado, pues como ya señalamos de no ser así ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, con la consiguiente vulneración de los principios de publicidad,

libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 139 TRLCSP.

Igualmente señalamos que no cabe la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), pues de acuerdo con la disposición final tercera del TRLCSP, el régimen jurídico aplicable a los procedimientos de contratación pública lo conforman, en primer término, los preceptos del mismo TRLCSP y los de sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, los de la LRJ-PAC, y normas complementarias. Por lo que estando expresamente regulado el trámite con sus consecuencias jurídicas en el TRLCSP, que configura el plazo como preclusivo, no cabe la prórroga del mismo al amparo del artículo 49 de la LRJ-PAC, y la subsanación solo es posible si con ella no se rebasa el plazo total de diez días.

Séptimo. Expuesta la doctrina de este Tribunal procede examinar, a la luz de ella, el recurso presentado.

En primer lugar aduce la recurrente la existencia de oscuridad en el PCAP y PPT y en el requerimiento en la determinación de los medios que debía acreditar y el modo de hacerlo, lo que habría originado que él hubiera tenido que interpretarlos y cumplirlos como estimase procedente.

Esta afirmación de oscuridad e inconcreción de los medios personales y materiales que le eran exigibles de acuerdo con los pliegos, evidencia el propósito del recurrente de impugnar los pliegos que rigen la licitación, a pesar de haber concurrido a ella y presentado oferta.

El artículo 145.1 del TRLCSP establece que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*

En atención a dicho precepto hemos consolidado una doctrina que determina el rechazo de los argumentos de ilicitud contra los pliegos en los recursos contra los actos

posteriores en el procedimiento de licitación formulados por los licitadores que, pudiendo impugnarlos, no lo hicieron.

Además de la improcedencia de volver sobre los pliegos al impugnar el acto declarándole desierto en su oferta por no presentar la documentación acreditativa de la disposición efectiva de los medios comprometidos, la hipotética oscuridad que se invoca contradice tanto la declaración de compromiso de adscripción de medios realizada por la recurrente e incluida en el sobre de documentación general, como, sobre todo, con la oferta presentada que tenía necesariamente en cuenta los medios personales y materiales comprometidos, so pena de ser temeraria por no haber formado seriamente.

Por lo demás, de la exhaustiva relación de las cláusulas y prescripciones del PCAP y el PPT reproducidas en antecedentes resulta no la oscuridad alegada sino, antes bien, la claridad en los medios exigibles y la forma de justificar su efectiva disposición, cláusulas y prescripciones que, como dijimos, la recurrente aceptó sin salvedad alguna al presentar su oferta.

Pero aun admitiendo, en hipótesis, la oscuridad, resultaría que el órgano de contratación la habría disipado plenamente por el requerimiento de subsanación de 13 de marzo 2014, pues es al órgano de contratación a quien corresponde la prerrogativa de interpretación de los términos del contrato de acuerdo con el artículo 305.1 del TRLCSP y conforme a nuestra Resolución número 11/2012 antes citada, comprobar que el licitador podía efectivamente utilizar los medios de todo tipo que había comprometido, disponibilidad que no se presume.

Así las cosas, el licitador debió cumplir con las exigencias de acreditación de la efectiva disposición de los medios exigidos por los pliegos conforme a éstos, en los términos en que se exigió expresamente por el órgano de contratación, en el requerimiento primitivo y en el posterior de subsanación, sin que puedan interpretarse los pliegos en el sentido de sustituir dicha acreditación de la disposición efectiva de los medios comprometidos por manifestaciones genéricas que no justifican tal cumplimiento, pues de otro modo se vulneraría el artículo 151.2 del TRLCSP, con la consiguiente lesión a la satisfacción del interés general a la que se dirige la contratación pública.

Igualmente debió adecuarse a su oferta en la acreditación de la disponibilidad de aquellos medios, de modo que habiendo delimitado con precisión en ella cuales medios había decidió subcontratar y cuáles no, no le es dado venir de nuevo sobre su oferta variándola, pretendiendo concertar con terceros, por lo demás innominados, la realización de partes de la prestación que se había comprometido ejecutar directamente, al no indicar en la oferta su voluntad de subcontratarlos, pues no solo los pliegos vinculan al licitador sino también su oferta.

En fin, particular consideración merecen las alegaciones del recurrente en lo que la cláusula de subrogación de personal pactada en convenio colectivo se refiere, a la hora de acreditar la efectiva disposición de los medios materiales comprometidos.

En cuanto a la subrogación de los trabajadores, el artículo 120 del TRLCSP señala 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. 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 éste.”*

En cuanto al contenido y alcance de dicho precepto, este Tribunal ya se ha pronunciado en forma retirada en nuestras Resoluciones números 181/2011, 271/2012, 317/2012, 8/2013, 134/2013, 136/2013 y 264/2013, en consonancia con la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 31/1999, de 30 de junio, y 33/2002, de 23 de octubre.

Así señalamos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista, que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, no surge del artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante ET), pues la situación es la de una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria y no hay subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino de la exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate.

No obstante, cuando exista esa subrogación, lo que impone el transcrito artículo 120 al órgano de contratación es la obligación de informar a los licitadores, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados.

El artículo 115.2 del TRLCSP establece que en los pliegos de cláusulas administrativas *"se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato"*. En tal sentido, la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su informe 3312002, de 23 de octubre, se refiere a 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,(...) Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, (...) La ausencia de tal dato llevaría a una situación de ignorancia de aquellas obligaciones que debe asumir viciando su posición ante el contrato"*.

En nuestra Resolución número 181/2011 ya exponíamos que *"la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo."*



También decíamos en nuestra Resolución número 317/2012, que la Administración contratante no es partícipe de las relaciones laborales del adjudicatario del contrato. Así lo ha expresado igualmente la Abogacía General del Estado en su informe de 29 junio de 2005, citado en la Resolución 271/2012 en el cual señala, refiriéndose al caso de que la cláusula de subrogación se incluya en los pliegos en ausencia de convenio colectivo, que *"por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un contenido netamente laboral y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio."*

De la lectura de la cláusula 24.6 del PCAP transcrita en antecedente, resulta que es a la obligación de información prevista en el artículo 120 del TRLCSP a la que se refiere, de modo que la obligación de subrogar a los trabajadores del anterior contratista no surge ex

contractus sino antes bien del convenio colectivo aplicable que vincula al recurrente, como empresario del sector, y a sus trabajadores, pero no a la Administración contratante.

Es igualmente cierto que el Convenio Colectivo configura un derecho subjetivo a favor de los trabajadores incluidos en su ámbito, derecho que pueden ejercer o renunciar, bien por acordar con el contratista saliente el mantenimiento de la relación laboral con él no obstante la extinción del contrato administrativo, bien por optar por no concertar la relación laboral con el nuevo empresario, ya sea por decisión unilateral ya pactada con el nuevo empleador mediante indemnización.

Por tanto, el licitador propuesto como adjudicatario debió acreditar mediante la presentación de los oportunos compromisos suscritos por los trabajadores con derecho a subrogación que éstos habrían de continuar en la prestación del servicio, siendo improcedente exigir al órgano de contratación que presumiese, sin acreditación alguna, que todos los trabajadores de la plantilla con tal derecho de subrogación habrían de usar de él, pues una vez más se vulneraría el artículo 151.2 del TRLCSP.

Por todo ello debe desestimarse el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.J.P.M., en nombre y representación de INICIATIVES DE CIUTAT, S. L., contra la Resolución del Vicepresidente de Cultura, Patrimonio y Deportes del Consell de Mallorca, de 2 de abril de 2014 por la que se entiende que la citada empresa ha retirado la oferta presentada en la licitación y se requiere documentación al siguiente licitador clasificado del "CONTRATO DE SERVICIO PARA PRESTAR APOYO A LA ORGANIZACIÓN DEL PROGRAMA JOCS ESPORTIUS

ESCOLARS DURANTE LAS TEMPORADAS 2014/2015 Y 2015/2016”, licitado por Consell Insular de Mallorca, Corporación Local del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.