

Barcelona, 19 de maig de 2021

Resolució núm.: 156/2021 (recurs N-2020-404)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora A.G.M., en nom i representació de l'entitat ABD ASSOCIACIÓ BENESTAR I DESENVOLUPAMENT, contra el plec de clàusules administratives particulars que ha de regir la licitació del contracte de gestió del servei d'atenció socioeducativa de l'agència ABITS (SAS-ABITS), que tramita l'AJUNTAMENT DE BARCELONA (expedient 20002857), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 3 de novembre de 2020, l'AJUNTAMENT DE BARCELONA (en endavant, Ajuntament o òrgan de contractació) va trametre l'anunci de la licitació de referència a l'Oficina de publicacions de la Unió Europea i, en data 4 de novembre, va publicar la licitació en el perfil de contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya (PSCP), a través del qual va posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT) que l'han de regir, entre altra documentació contractual.

La licitació es va publicar finalment en el Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S217, de 6 de novembre de 2020.

El valor estimat del contracte es va fixar en 2.442.651,24 euros i l'adjudicació es tramita per procediment obert i diversos criteris de valoració de les ofertes, uns de ponderació automàtica fins a 60 punts, i uns altres dependents d'un judici de valor, ponderats fins a 40 punts.

SEGON. En data 4 de desembre de 2020, l'Ajuntament va publicar en el perfil de contractant una esmena consistent en un document on s'inclouen diversos aclariments respecte els plecs,

i entre d'altres, es va inserir un annex amb les dades de l'experiència laboral i formativa de l'actual equip de treball i es va atorgar un nou termini de presentació de les ofertes.

TERCER. En data 24 de desembre de 2020, l'entitat ABD ASSOCIACIÓ BENESTAR I DESENVOLUPAMENT (en endavant, ABD) va presentar, mitjançant petició genèrica adreçada al Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda de la Generalitat de Catalunya, amb destí al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal), recurs especial en matèria de contractació contra el PCAP que ha de regir la licitació.

En síntesi, el recurs es fonamenta en la vulneració del procediment legalment establert en l'article 146.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), en no residenciar la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor a un comitè d'experts o organisme tècnic especialitzat.

Segons la recurrent, això es dona pel fet que els criteris de valoració automàtica 2, 3 i 4 establerts a la clàusula 10 del PCAP resulten ficticis perquè fan referència a la formació i experiència del personal adscrit al contracte i, en establir-se en aquesta licitació l'obligació de subrogació de la totalitat del personal el ve executant, de manera que totes les empreses tindran la mateixa plantilla de personal per complir el contracte, aquells criteris no aporten realment cap puntuació que faci que els criteris de valoració automàtica siguin predominants sobre els criteris d'avaluació subjectiva, sinó que detraient els 35 punts que suposen en el conjunt dels criteris de valoració automàtica, s'obté que aquests no serien de 60 punts, sinó només de 25 punts.

Així mateix, al·lega que en l'hipotètic cas que la informació publicada respecte al personal que presta el servei actualment fos irreal i diferent, els licitadors resultarien perjudicats, amb vulneració del principi d'igualtat de tracte, perquè en ser desconexors de les característiques reals del personal actual, oferirien uns mèrits ajustats a la informació a què tenen accés, però en canvi l'adjudicatari podria presentar una oferta millor, si fos el cas que el personal adscrit tingués més formació o experiència.

Per aquests motius, la recurrent sol·licita, prèvia la suspensió cautelar del procediment de contractació, l'anul·lació del PCAP per tal que l'administració el reformi de manera ajustada a la llei.

QUART. Rebut efectivament el recurs al Tribunal el 28 de desembre de 2020, en aquesta data la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar-lo a l'Ajuntament i va sol·licita-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (RD 814/2015).

A requeriment de la Secretaria Tècnica del Tribunal i en el termini concedit a l'efecte, ABD va esmenar el recurs per acreditar la seva capacitat processal.

CINQUÈ. En data 3 de febrer de 2021, l'Ajuntament va trametre al Tribunal l'expedient de contractació i l'informe amb què sol·licita amb caràcter principal la inadmissió del recurs, per extemporaneïtat, i quant al fons s'hi oposa i en sol·licita la desestimació.

SISÈ. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal en virtut de la Resolució S-12/2021, de 3 de febrer.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. El recurs impugna el PCAP que ha de regir la licitació, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 44.2 a) de la LCSP.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte que impugna i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. Mereix una anàlisi més detallada la temporalitat del recurs; requisit d'ordre públic que ha de ser observat i comprovat per aquest Tribunal i que, en aquest cas, ha estat també posat en qüestió per l'òrgan de contractació.

Pel que fa al termini d'interposició del recurs especial quan es tracta de la impugnació dels plecs, cal partir del que disposa l'article 50.1 b) de la LCSP, segons el qual:

"1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. (...)"

Adicionalment, tractant-se d'un contracte subjecte a regulació harmonitzada, cal tenir en compte els requeriments que, quant a l'anunci de licitació, determina l'article 135 de la LCSP als seus apartats 1 i 3, segons els quals:

"1. El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante.

En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.

(...)

3. Los anuncios de licitación y los anuncios de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima sexta no se publicarán en los lugares indicados en el primer párrafo del apartado primero anterior antes de su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en el caso en que deban ser publicados en dicho Diario Oficial, debiendo indicar la fecha de aquel envío, de la que los servicios dependientes del órgano de contratación dejarán prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. No obstante, en todo caso podrán publicarse si el órgano de contratación no ha recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio enviado.”

De la conjunció d'ambdós preceptes s'obté, tal com aquest Tribunal ha analitzat i dirimit casuísticament en la seva doctrina (entre moltes altres, les resolucions 17/2021, 354/2020, 338/2020, 269/2020, 263/2020, 125/2020, 109/2020, 49/2020 i 38/2020), que el còmput del termini d'interposició del recurs en casos com el present vingui determinat per l'anunci de licitació publicat en el DOUE, quan la publicitat de la licitació en el perfil de contractant no s'ha dut a terme amb subjecció a les regles temporals que determina l'article 135.3 de la LCSP, com aquí ha succeït.

Per aquest motiu no resulta correcte el *dies a quo* que pren en consideració l'òrgan de contractació per basar la seva oposició a la temporalitat de recurs, en tant que entén com a data de referència la de la publicació dels plecs en el perfil de contractant el 4 de novembre de 2020.

Ara bé, en qualsevol cas, concorre aquí una altra circumstància que, a criteri del Tribunal, és la que fa decaure l'extemporaneïtat al·legada per l'òrgan de contractació, com és l'esmena dels plecs i l'ampliació del termini de presentació de les proposicions que va publicar en el perfil de contractant en data 4 de desembre de 2020.

En efecte, en data 4 de desembre de 2020, l'Ajuntament va ampliar la documentació publicada inicialment en perfil de contractant amb, entre d'altra, un annex relatiu a la subrogació de

personal amb dades sobre l'experiència laboral i formativa de l'actual equip de treball adscrit al servei.

Del contrast de la documentació contractual facilitada inicialment per l'òrgan de contractació juntament amb els plecs, amb aquella publicada en l'esmena posterior, tot i que *prima facie* semblaria que aquesta darrera podria no aportar cap informació nova als efectes de la subrogació del personal i els elements de formació i experiència de les persones treballadores que actualment executen el servei, sí que, de la lectura del recurs, aquesta nova documentació ve a confirmar els termes d'aquella publicada inicialment i, amb tot, la tesi amb què es fonamenta la qüestió central del recurs.

Per aquest motiu, el Tribunal entén que el *dies a quo* del còmput del termini d'interposició del recurs especial s'ha de ressituar en aquesta data posterior, determinada per l'esmena i ampliació del termini de presentació de les proposicions publicada el 4 de desembre de 2020 en el perfil allotjat a la PSCP, per la qual cosa el recurs d'ABD presentat en data 24 de desembre es conclou interposat dins del termini establert en l'article 50.1 de la LCSP i també en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Entrant a examinar les al·legacions materials del recurs, la recurrent sosté la vulneració del procediment legalment establert en l'article 146.2 a) de la LCSP en no residenciar la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor a un comitè d'experts o organisme tècnic especialitzat, per considerar que els criteris d'adjudicació de ponderació automàtica fixats en els apartats 2, 3 i 4 de la clàusula 10 del PCAP no són valorables ja que totes les licitadores els oferiran, atesa l'obligació de subrogar la totalitat del personal que ve prestant actualment el servei.

Concretament, al·lega que l'obligació de subrogar tot el personal desincentiva les empreses d'oferir les millores dels criteris d'adjudicació fixats en els apartats 2, 3 i 4 de la clàusula 10 del PCAP, relatius a la formació addicional de l'equip de treball (fins a 14 punts), a l'experiència addicional (fins a 12 punts) i a l'acreditació de formació addicional en llengua anglesa i per la formació en altres llengües per part del personal adscrit al servei (fins a 9 punts), ja que totes les licitadores tindran la mateixa puntuació –de ser certa i exacta la informació facilitada al respecte del personal que actualment presta el servei, ja que, altrament, això atemptaria contra el principi d'igualtat de tracte-. Això fa que els punts que realment entrin en joc pels criteris de valoració automàtica no siguin els 60 punts indicats nominalment en el PCAP, sinó

menys, 25 punts, comportant, en definitiva, que la ponderació dels criteris dependents d'un judici de valor passi a ser superior a la dels criteris de ponderació automàtica i la valoració de les ofertes per aquells criteris no l'efectuï l'òrgan tècnic de valoració que determina la llei.

Al respecte d'aquestes alegacions, l'Ajuntament s'oposa a la tesi de què parteix el recurs i les afirmacions que efectua segons les quals el PCAP imposa a les empreses l'obligació d'adscriure a l'execució del contracte el personal susceptible de subrogació, indicant que l'administració no fixa ni predetermina la necessària subrogació del personal i que, en cas que s'esdevingui, s'haurà de decidir d'acord amb la normativa laboral i els convenis col·lectius que resultin d'aplicació.

Així mateix, porta a col·lació la doctrina segons la qual l'empresa que se subroga en la posició de l'anterior contractista i assumeix uns treballadors a la seva plantilla, no necessàriament els ha d'adscriure al servei contractat, sinó que pot optar per acomiadar-los o integrar-los en el servei que consideri més adient i adequat al seu perfil.

Per tot això, defensa que els criteris d'adjudicació establerts en la clàusula 10 del PCAP són totalment vàlids i poden oferir-se per totes les empreses, ja que no és obligatori adscriure al contracte el personal que prové de la contractació anterior i, en conseqüència, indica que no procedeix fer esment a l'eventual necessitat d'un comitè d'experts.

Finalment, l'òrgan de contractació informa que, tot i que el recurs es basa en simples hipòtesis, per al cas que el contractista actual hagués presentat una relació de treballadors i informació falsejada, procediria una sanció a l'empresa determinant de prohibició de contractar amb l'administració.

SETÈ. Vistes les posicions de les parts i sintetitzades les previsions dels plecs al respecte, el focus de discussió del recurs queda reconduït a dilucidar si els criteris d'adjudicació establerts en els apartats 2, 3 i 4 de la clàusula 10 del PCAP desvirtuen realment la ponderació global dels criteris de valoració automàtica i determinen la vulneració del procediment legalment establert en l'article 146.2 a) de la LCSP per a la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor per part d'un comitè d'experts o organisme tècnic especialitzat.

Segons aquest precepte (el subratllat és nostre):

"2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del

objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:

a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

Al respecte, a criteri d'aquest Tribunal, en la mateixa línia informada per l'òrgan de contractació, la tesi del recurs parteix d'una premissa errònia, ja que, d'una banda, tal com resulta d'una doctrina abastament consolidada, la subrogació laboral és, efectivament, una mesura d'estabilitat en l'ocupació, però no prové ni pot ser imposada en els plecs de la licitació, sinó d'una norma legal, conveni col·lectiu o acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general, de manera que, per al cas de produir-se, la funció dels plecs ex article 130 de la LCSP és únicament informativa –a partir de la informació facilitada per l'empresari i amb les conseqüències previstes legalment i en el PCAP per al cas d'incompliment o inexactitud- de les condicions del personal susceptible d'aquesta subrogació, a fi que les empreses licitadores puguin conèixer les condicions dels contractes de treball que resulti necessària per permetre una avaluació exacta dels costos laborals que implicarà aquella mesura (en aquest sentit, entre moltes altres, les resolucions 30/2020, 293/2018, 59/2018, 47/2018, 115/2017, 79/2017, 76/2017 i 48/2016 d'aquest Tribunal, 662/2018, 668/2017, 576/2017, 405/2017, 1031/2016 i 269/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC-, 268/2017, 183/2017, 144/2017 i 235/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid –TACPM-, i 76/2017 i 69/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, i les sentències del Tribunal Suprem-Sala Social de 12 de desembre de 2017 i 23 de gener de 2017, del Tribunal Suprem-Sala Contenciosa Administrativa de 23 de gener de 2017 i de l'Audiència Nacional de 14 de setembre de 2016).

Aquestes determinacions de l'article 130 de la LCSP s'observen preservades en les clàusules 2.1, 10 i 20 i els annexos del PCAP impugnat, en seu de la determinació del pressupost base de licitació, els criteris de valoració de les ofertes, les obligacions de l'empresa contractista – en aquest cas, la que resulti de l'adjudicació del contracte ara licitat- i la informació pròpiament dita del personal susceptible de subrogació, respectivament.

Per altra banda, tampoc no és correcta l'associació directa i automàtica que efectua el recurs en el sentit que el personal que les empreses licitadores han d'adscriure al servei ve conformat per la totalitat del personal susceptible de subrogació.

Per contra, en aquest extrem, també s'aprecia correcte l'argument de l'òrgan de contractació quan sosté que l'oferta de les empreses licitadores per als criteris d'adjudicació controvertits és aliena a la subrogació, podent formular l'oferta a raó d'un personal diferent, atès que la subrogació assegura l'estabilitat en l'ocupació, però no en el lloc de treball en concret, de manera que, en cas d'esdevenir adjudicatàries del contracte i produir-se la subrogació, no necessàriament han d'adscriure el personal provinent d'aquesta al mateix servei licitat.

Això és així en tant que, bé pot produir-se que determinades persones treballadores de forma voluntària no se subroguin amb el nou empresari, com també que aquest, d'acord amb la seva política de recursos humans, pugui reassignar-les i destinar-les a altres serveis de l'empresa, segons el seu perfil, quedant el destí del personal, en definitiva, dins de l'esfera de direcció i organització empresarial en els termes legalment previstos (en aquest sentit, també, les resolucions 403/2020, 402/2020 i 178/2020 d'aquest Tribunal, 353/2020, 131/2020 i 50/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, 699/2020 i 156/2019 del TACRC, 5/2019 de l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, i 137/2019, 358/2017 i 144/2017 del TACPM).

D'aquesta manera, no es pot afirmar que la hipòtesi apuntada en el recurs hagi de produir-se necessàriament, és a dir, que les empreses licitadores proposin en les seves ofertes el mateix personal subrogable i, per tant, la puntuació pels criteris controvertits sigui la mateixa en totes, esdevenint aleshores aquests criteris neutres o transparents en el conjunt del procediment de valoració, ja que les ofertes que poden proposar en aquesta licitació queda oberta a què pugui ser diferent.

Així, podent-se formular ofertes diferents, no es pot conceptuar incorrecta, sinó, per contra, respectuosa amb el principi d'igualtat, l'ampliació de la informació proporcionada per l'òrgan de contractació sobre el personal susceptible de subrogació, facilitada per l'actual contractista, a aquells aspectes que fan referència a la formació i l'experiència d'aquest personal, en allò que enllaça amb els mínims exigits en el PPT i els criteris d'adjudicació controvertits, a fi que totes les empreses interessades en la licitació puguin tenir un coneixement més ampli i complet de totes les condicions amb què compta aquest personal i decidir l'oferta a elaborar.

Aquesta actuació, a més de satisfer la igualtat de tracte i no-discriminació en el si del procediment de contractació, també tindria emparament en el propi article 130 de la LCSP, conformement amb el criteri interpretatiu emergent segons el qual la informació a proporcionar sobre el personal susceptible de subrogació que determina l'article 130.1 *in fine* no és un *numerus clausus* o llista limitativa, sinó una regla de mínims, de manera que en cada licitació en què pugui entrar en joc la subrogació laboral, cal proporcionar la informació sobre els extrems que exigeix l'article 130.1 de la LCSP i, a més, tota aquella altra que, segons cada cas concret, permeti la més exacta avaluació dels elements concomitants amb la subrogació que tinguin incidència directa en l'elaboració de les ofertes (en aquest sentit, l'Informe 35/19 de Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat i la Resolució 1398/2020 del TACRC).

Així les coses, podent-se formular en aquesta licitació ofertes amb recursos humans diferents del personal susceptible de subrogació i havent posat l'òrgan de contractació a l'abast de totes les empreses interessades la informació disponible a fi que puguin conèixer les condicions del personal susceptible de subrogació i decidir l'oferta a elaborar, decauen les al·legacions del recurs, en el termes en què s'ha plantejat, sense que quedi acreditat que els criteris d'adjudicació controvertits i la informació proporcionada al respecte en el PCAP no siguin ajustats a les exigències dels articles 146.2 i 130 de la LCSP.

En conseqüència, correspon desestimar el recurs.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per la senyora A.G.M., en nom i representació de l'entitat ABD ASSOCIACIÓ BENESTAR I DESENVOLUPAMENT, contra el plec de clàusules administratives particulars que ha de regir la licitació del contracte de gestió del servei d'atenció socioeducativa de l'agència ABITS (SAS-ABITS), que tramita l'AJUNTAMENT DE BARCELONA (expedient 20002857).

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal mitjançant la Resolució S-12/2021, de 3 de febrer.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de temeritat o mala fe en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 19 de maig de 2021.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Aream
Presidenta