

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 26 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.P., actuando en nombre y representación de la empresa ASPY Prevención, S.L.U. (en adelante Aspy) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de abril de 2019, por el que se le excluye de la licitación de contrato de “Servicio de prevención ajeno para la realización de la vigilancia de la salud en el Ayuntamiento de Parla, expediente 22/18, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de abril 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 118.000 euros.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de la resolución del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en el apartado I del Anexo I, establece como objeto del contrato :

- Reconocimientos médicos periódicos a disposición de todos los trabajadores del Ayuntamiento (esta periodicidad mínima se concreta, de acuerdo con lo establecido en el Convenio/Acuerdo, en anual sin perjuicio de que, por criterio médico, se determine otro inferior).
- Reconocimientos médicos a los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud.
- Reconocimientos médicos iniciales de los trabajadores después de su incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.

“26.- Subcontratación: NO

Por otra parte el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) en su apartado 3 dispone:

3. ALCANCE DEL SERVICIO

El alcance y contenido del contrato a realizar será, con carácter general, el de la vigilancia de la salud (individual y colectiva) que deberá ser específica, orientándose en función de los riesgos laborales y se deberá optar por los reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y sean proporcionales al riesgo.

El personal al que va dirigido las actividades objeto de contrato será el personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Parla.

Queda incluido el personal de la Policía Local, excepto para aquellas particularidades que lo impidan en el ámbito de las funciones públicas ejercidas por los mismos. No obstante a lo anterior, los protocolos que se les apliquen, tendrán como objetivo la protección de la seguridad y la salud de los mismos en lo que respecta a aquellos riesgos específicos derivados de su actividad.

En el anexo se incluyen el promedio de plantilla así como los porcentajes de distribución de la misma”.

Tercero. - A la licitación concurren cuatro empresas, entre ellas, la recurrente.

La Mesa de contratación se reunió el día 26 de abril para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

Respecto de la empresa Aspy, se acuerda lo siguiente:

“Aporta declaración según establece la Cláusula 24, letra A, punto 1, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 LCSP, cuyo modelo consiste en el documento europeo único de contratación (DEUC), aprobado a través del Reglamento (UE) n° 2016/7, de 5 de enero (<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd>), contestando a la pregunta recogida en dicho documento en su parte II (Información sobre el operador económico), apartado D (Información relativa a los subcontratistas a cuya capacidad no recurra el operador económico):

“¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros? responde SI.

Y a la cuestión: “En caso afirmativo y en la medida en que se conozca este dato, enumere los subcontratistas previstos”, responde: “SYNNLAB DIAGNÓSTICOS GLOBALES, S.A.U. Se subcontrata el análisis de las muestras de acuerdo con lo establecido en RD 39/1997, art.19. Porcentaje no determinable.”

De acuerdo con lo establecido en la Memoria Justificativa elaborada por la responsable del contrato, la Técnico Municipal de Salud Laboral en el Trabajo, cuyo contenido se ha trasladado al apartado 26, del Anexo I, del PCAP, no se permite la subcontratación, debiendo la totalidad de la prestación ser ejecutada directamente por el contratista.

Por lo tanto, considerando que estaríamos ante un defecto no subsanable, se acuerda la exclusión de la proposición presentada por la empresa ASPY PREVENCIÓN, S.L.

Por otro lado, tampoco aporta el compromiso de adscripción de medios personales y materiales previsto en el Apartado 12, Anexo I del PCAP, donde los licitadores deberán incluir además los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato, pero teniendo en cuenta que

la prohibición de subcontratación prevista en el PCAP supone la exclusión de la licitadora, se considera que no ha lugar a conceder plazo de subsanación de dicha deficiencia”.

Dicho acuerdo se notificó a todos los interesados el día 9 de mayo de 2019.

Cuarto.- El 30 de mayo de 2019, tiene entrada en Registro del Ayuntamiento el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de Aspy contra el acto de exclusión de su oferta.

El recurso alega que lo que se contratan son “*Servicios de Prevención Ajeno cuya actividad se regula por la legislación y normativa perfectamente delimitada en el apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas. Entre esta normativa es fundamental el RD 39/1997 de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en cuyo artículo 19 consta lo siguiente:*

“Artículo 19. Funciones de las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención.

1. Las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en relación con las actividades concertadas, correspondiendo la responsabilidad de su ejecución a la propia empresa. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a las entidades especializadas en el desarrollo y ejecución de actividades como la evaluación de riesgos, la vigilancia de la salud u otras concertadas.

2. Las entidades asumirán directamente el desarrollo de aquéllas funciones señaladas en el artículo 31.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que hubieran concertado y contribuirán a la efectividad de la integración de las actividades de prevención en el conjunto de actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma, sin perjuicio de que puedan:

a) Subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad.”

Esta mención a la subcontratación ha quedado asimilada mayormente a la subcontratación de instalaciones de laboratorio o instalaciones técnicas, quedando terminantemente prohibida la subcontratación de los servicios básicos definidos en el Reglamento salvo fórmulas reguladas de acuerdo entre Servicios de Prevención”

Por lo tanto considera que su oferta no ha incumplido el Pliego puesto que “no tenemos constancia que ningún Servicio de Prevención disponga de laboratorio propio de análisis clínicos, siendo este servicio esencial en la especialidad de Vigilancia de la Salud, objeto de la licitación en este caso, mediante la cual se realizan los reconocimientos y pruebas médicas a los trabajadores de la entidad contratante o suscriptora de concierto. El análisis de muestras biológicas es fundamental y necesario para la prestación del servicio. Por ello, es inevitable la subcontratación de estos trabajos especializados por parte de cualquier Servicio de Prevención Ajeno en los términos previstos en el citado artículo 19 del Reglamento de los Servicios de Prevención”. De ahí que la mención del DEUC deba considerarse un mero error formal.

El Ayuntamiento remitió copia del recurso y del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). En el informe argumenta que “la licitadora tenía la intención de subcontratar parte del servicio, en este caso el análisis de muestras. Por lo tanto, nada podía hacer pensar que se trató de un mero error al rellenar el DEUC, que hubiese podido ser subsanado”.

Quinto.- El procedimiento se encuentra suspendido por acuerdo del Tribunal de 13 de junio de 2019.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no

se ha presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Aspy para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una licitadora excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de abril de 2019, practicada la notificación el día 9 de mayo e interpuesto el recurso el 30 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acto de exclusión de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.00 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la cuestión que se plantea es la posible calificación como subcontratación de la realización del análisis de muestras de acuerdo con lo establecido en el RD 39/1997, artículo 19, por un laboratorio ajeno al adjudicatario.

Se alega por la recurrente además de lo indicado en los antecedentes, que *“Considerando el escenario en el que concurren otras licitadoras que como se ha expresado nos consta que subcontratan las prestaciones de laboratorio entendemos procedente determinar que o bien lo expresado en el DEUC no debe ser interpretado como subcontratación ya que no afecta a la prestación esencial y es conforme al Reglamento de los Servicios de Prevención y por tanto procede subsanación del formulario DEUC, o bien solicitar aclaración a las restantes licitadoras sobre este punto, ya que proceder con la exclusión es por lo expuesto contrario a los principios de igualdad y concurrencia, hallándose todos los licitadores en la misma tesitura y siendo la única diferencia entre estas y mi representada haber declarado por error en el formulario esta circunstancia que otros licitadores eluden. En último lugar entendemos que procede solicitud de aclaración a todos los licitadores de medios disponibles en relación al único punto de disponibilidad de laboratorio de análisis”*.

El órgano de contratación entiende que *“La Técnica de Prevención de Riesgos Laborales ha determinado, dentro de las posibilidades que se prevén en la LCSP, que el servicio debe prestarse exclusivamente por la adjudicataria, prohibiendo de forma clara e indubitada la subcontratación del mismo, y de esta manera se trasladó al PCAP que rige la contratación. Así, el apartado 26, del Anexo I, del PCAP dispone lo siguiente: “Subcontratación: NO”. Al utilizarse en este punto el adverbio de negación «no», resulta clara la voluntad del órgano de contratación de que no se subcontrate ninguna parte del servicio”*.

El artículo 215.1 de la LCSP se refiere a la subcontratación, estableciendo:

“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los Pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero”.

Sobre el alcance de la subcontratación y su diferencia respecto a otro tipo de actividades que pudieran realizarse por terceros, se ha pronunciado el Tribunal, entre

otras, en su Resolución 133/2018 de 9 de mayo, en la que señala que *“El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como: ‘contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera’. Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal, como señalábamos en nuestra Resolución 243/2017. De esta forma podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero.*

En cuanto al alcance y ámbito de esta relación es obvio que la limitación de subcontratación no puede ser omnicomprendensiva de toda la actividad de la empresa relacionada con las prestaciones objeto del contrato, aunque sí debe definirse en torno a las mismas. Así como señala la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi traída a colación por la recurrente dicho límite se encuentra en los “suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal”.

En este caso la interpretación que efectúa la recurrente de la oferta de la adjudicataria no es correcta desde el punto de vista de su literalidad. En efecto parece entender la recurrente que en la oferta se propone la subcontratación de toda la actividad de limpieza de cristales en altura, lo que sería obviamente incompatible con la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP. Sin embargo no es este el contenido de la oferta. Efectivamente se indica en la misma que dicha limpieza se efectuará mediante pértiga de carbono con sistema de pulverización por spray, que no es sino un medio técnico auxiliar para proceder a la limpieza, luego cuando la oferta hace referencia a ‘otros medios auxiliares propiedad de Lacera para limpieza de cristales en altura’ debe entenderse que se trata de medios técnicos análogos a dicha pértiga, como podrían ser arneses, andamios, productos de limpieza específicos y otros semejantes.

Lo mismo cabe señalar respecto de la elaboración de un plan específico de seguridad y evaluación de riesgos laborales que con frecuencia se elaboran por empresas externas especializadas y que no constituyendo una prestación específica del objeto del contrato cabe encomendar a un tercero, sin que ello suponga subcontratación. Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo”.

Considera el Tribunal siguiendo el criterio expresado, que en este caso la realización de los análisis de las muestras constituye una prestación que, aunque relacionada, no puede formar parte de las prestaciones objeto del contrato ya que requiere de unas instalaciones especializadas que, de acuerdo con el Pliego en su apartado de adscripción de medios materiales, no se exigen en este caso a los licitadores.

Por lo tanto la mención realizada por Aspy en el DEUC no tendría la consideración de subcontratación. Debe concluirse que nos encontramos ante una actividad que entraría en el supuesto del artículo 19 del Real Decreto 39/1997 y por lo tanto es de obligatoria subcontratación

Resultaría excesivo que este tipo de actuaciones computasen en su caso a efectos del límite de la subcontratación o de su prohibición o se les aplicasen los controles que el artículo 215 de la LCSP impone a la misma, cuando no afectan al desarrollo de la prestación propiamente dicha y además se realizan habitualmente por empresas especializadas.

En consecuencia, debemos concluir que la oferta de la adjudicataria no ha vulnerado lo establecido en el Pliego en materia de subcontratación y que el recurso debe ser estimado, anulando el acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento de comprobación del cumplimiento de los requisitos previos para que le sea solicitada la subsanación en los extremos que procedan.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.C.P., actuando en nombre y representación de la empresa ASPY Prevención, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de abril de 2019 por el que se le excluye de la licitación de contrato de “Servicio de prevención ajeno para la realización de la vigilancia de la salud en el Ayuntamiento de Parla, expediente 22/18, anulando el acuerdo impugnado y retrotrayendo el procedimiento al momento de comprobación del cumplimiento de los requisitos previos para que le sea solicitada la subsanación en los extremos que procedan.

Segundo.- 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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Al haberse anulado el Acuerdo impugnado queda sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.