



EB 2021/028

Resolución 069/2021, de 23 de abril, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PREVING CONSULTORES, S.L. contra la exclusión de su oferta en el contrato “Servicio de prevención ajeno que asuma las funciones en la especialidad de vigilancia de la salud para el Ayuntamiento de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de febrero de 2021 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PREVING CONSULTORES, S.L. (en adelante, PREVING) contra la exclusión de su oferta en el contrato “Servicio de prevención ajeno que asuma las funciones en la especialidad de vigilancia de la salud para el Ayuntamiento de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El 22 de febrero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 25 de febrero.





TERCERO: Con fecha 25 de febrero se dictó la Resolución B-BN 06/2021, por la que la Titular del OARC / KEAO acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento el día 25 de febrero, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.G.L.C. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Argumentos del recurso

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

- a) El recurso se interpone contra la Resolución de 9 de febrero de 2021 por la que se excluye a la recurrente de la licitación; en ese momento el contrato ya estaba provisionalmente adjudicado a la empresa ASEM VISIONES COMPETITIVAS, S.L.U. (en adelante, ASEM), la cual en el transcurso del procedimiento de adjudicación se fusionó con PREVING (el día 19/10/2020).
- b) La causa de la exclusión es que el licitador (antes ASEM y luego PREVING) no había acreditado, respecto de la absorbente PREVING, contar la autorización definitiva del centro sanitario del servicio de prevención para el desarrollo de actividades de vigilancia de la salud (autorización con la que sí contaba ASEM incluso antes del inicio del procedimiento de adjudicación).
- c) El recurrente afirma que no es cierto, como dice el informe jurídico, que el licitador “no haya llegado a presentar acreditación documental de que el contrato pueda ejecutarse y ni siquiera iniciarse”; por el contrario, PREVING presentó la documentación a nombre de ASEM, capacidad igualmente predicable de PREVING (de hecho, se remitió al poder adjudicador por parte de PREVING el



documento recién obtenido de la Administración competente, corroborando la existencia de autorización administrativa sanitaria para PREVING).

d) PREVING alega que en el caso de una fusión todo el patrimonio de la sociedad absorbida (ASEM) se transfiere a la absorbente (PREVING), incluyendo todas las acreditaciones y autorizaciones de las que disponga la sociedad absorbida.

e) Finalmente, se solicita que se revoque la exclusión impugnada y que se proceda a la adjudicación definitiva a PREVING y a la formalización del oportuno contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Getxo se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El apartado 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece dos requisitos específicos de habilitación, que son condición necesaria para ejecutar la prestación, concretamente:

- (i) la autorización definitiva como Servicio de Prevención Ajeno en la disciplina preventiva de Medicina en el Trabajo (Vigilancia de la Salud), válida para la actuación en la Comunidad Autónoma de Euskadi y
- (ii) la autorización definitiva del centro sanitario del servicio de prevención para el desarrollo de actividades de vigilancia de la salud (Decreto 221/2001, de 27 de diciembre, por el que se establecen las normas de organización de recursos para la actividad sanitaria de los Servicios de Prevención); ambas deben ser concedidas por el Organismo Autónomo del Gobierno Vasco OSALAN.

b) La oferta de la empresa ASEM resultó ser la mejor valorada, por lo que se le requirió la correspondiente documentación en el trámite previsto en el artículo



150.2 de la LCSP. Entre la documentación aportada figuraba la escritura notarial de fusión por absorción de ASEM por PREVING, la cual se dio por buena, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 de la LCSP.

c) Una vez analizada la documentación, se requirió a PREVING para que aportara la autorización señalada en el apartado (ii) de la letra a) anterior. El requerimiento indicaba que solo se había presentado la acreditación de haber solicitado un cambio de titularidad de los centros sanitarios de ASEM y que ya se les había comunicado que, dado que la tramitación del cambio no dependía de la empresa, mientras tanto, se presentara una declaración responsable de que PREVING disponía de los centros necesarios para ejecutar el contrato (solo se aportó un documento referido a que la empresa está tramitando el cambio de titularidad, lo que no basta para acreditar la habilitación específica requerida para la prestación). La respuesta de PREVING fue volver a presentar la declaración responsable.

d) En respuesta a una consulta del Ayuntamiento, OSALAN informó de que estaba haciendo una valoración de los recursos de ASEM y de su capacidad. Hasta que concluya esta valoración, ASEM debe presentar ante OSALAN cualquier contrato que vaya a realizar, quien podrá autorizarlo o no. No constaba ninguna solicitud para el Ayuntamiento de Getxo, por lo que no puede procederse a la autorización de una hipotética contratación en estos momentos.

e) El poder adjudicador concedió un trámite de audiencia para presentar la “autorización transitoria” a la que se refería OSALAN, presentando PREVING la justificación documental de haber presentado la solicitud, pero no la citada autorización provisional exigida por OSALAN. Finalmente, la autorización fue enviada por la recurrente ampliamente superado el plazo indicado.

f) El Ayuntamiento no cuestiona la fusión por absorción, ni el efecto de sucesión patrimonial que supone, pero las autorizaciones administrativas no son parte del patrimonio de la empresa. En este caso, se trata de una condición muy específica otorgada por una Administración distinta del poder adjudicador y que



no puede obviarse, sin que pueda adjudicarse el contrato a una empresa que de antemano se sabía que no iba a poder prestar el servicio.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la cuestión planteada es si el recurrente (PREVING), cuya oferta había sido calificada como la más ventajosa a los efectos de los apartados 1 y 2 del artículo 150 de la LCSP, ha sido correctamente excluido por no acreditar un requisito de habilitación, consistente en una autorización administrativa exigida por los pliegos. El caso analizado incluye la peculiaridad de que el licitador inicial (ASEM) fue sucedido por el recurrente en el procedimiento de adjudicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 de la LCSP (concretamente, por una operación societaria de fusión por absorción) y acreditó dicho requisito satisfactoriamente. A juicio de este Órgano, el recurso debe estimarse por las siguientes razones, básicamente coincidentes con las que sustentan las Resoluciones 240/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y 217/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como la sentencia de 16 de enero de 2019 de la Audiencia Nacional, nº 49/2019, ECLI:ES:AN:2019:49, que confirma la primera de ellas:

- 1) El artículo 144 de la LCSP establece que “Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.”



- 2) A falta de una regulación expresa adicional en la LCSP, los efectos de la sucesión derivados de las operaciones societarias mencionadas en el artículo 144 son los recogidos en la legislación mercantil. En este sentido, el artículo 23.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece que “Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.” Dado que PREVING se fusionó por absorción con ASEM, que sí disponía de la habilitación solicitada, y que la fusión supone que “la sociedad absorbente se subroga en la misma situación jurídica en la que se encontraba la sociedad absorbida, asumiendo todos los derechos y obligaciones de esta última, de forma que se hace responsable ante toda autoridad por las obligaciones de la sociedad absorbida” (ver el Fundamento jurídico tercero de la sentencia de la Audiencia Nacional de 16/1/2019, antes citada), debe entenderse que PREVING también satisface el citado requisito.
- 3) Lo anterior queda confirmado por la Resolución de 26/1/2021 de la Directora de OSALAN, que concede la autorización discutida a PREVING pero no como un otorgamiento “ex novo” sino considerándola un “cambio de titularidad” de los servicios sanitarios de ASEM que pasan a pertenecer a PREVING en virtud de la fusión. La sucesión universal de la entidad fusionada en los derechos y obligaciones de la absorbida no depende de la Resolución, que tan solo constata sus efectos en una autorización preexistente, sino de la propia operación societaria.
- 4) Dado que la fusión implicaba la sucesión universal, y ésta a su vez que PREVING disponía, sin solución de continuidad, de la habilitación que ya



había acreditado ASEM, no era preciso que se le solicitara a la primera documentación acreditativa al amparo del artículo 150.2 de la LCSP; téngase en cuenta que este trámite se refiere a documentación de capacidad que no se hubiera aportado con anterioridad, que no es el caso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa PREVING CONSULTORES, S.L. contra la exclusión de su oferta en el contrato “Servicio de prevención ajeno que asuma las funciones en la especialidad de vigilancia de la salud para el Ayuntamiento de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el



plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021ko apirilaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de abril de 2021