

Recurso 283/2015**Resolución 46/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES, S. L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Prestación del servicio de ayuda a domicilio en Adamuz” (Expte. GEX 3039/2015), convocado por el Ayuntamiento de Adamuz (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 27 de noviembre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba nº 231 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, con fecha 1 de diciembre de 2015, el citado anuncio fue publicado en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Adamuz.

El importe anual, IVA excluido, asciende a la cantidad de 356.393,47 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 11 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Adamuz escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad INEPRODES, S.L. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato de servicio indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

Una copia de dicho escrito, junto con el expediente administrativo, fue remitido a este Tribunal teniendo entrada el día 16 de diciembre de 2015.

Con fecha 18 de diciembre de 2015, la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación el informe sobre el recurso, toda vez que no constaba en el expediente remitido.

La documentación solicitada, junto con dos informes emitidos por la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Córdoba, fue remitida a este Tribunal con fecha 27 de enero de 2015.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 18 de diciembre de 2015, se concedió un plazo de 3 días hábiles a la recurrente para que aportase el documento original, copia legalizada notarialmente o compulsada, acreditativo de la representación de la compareciente para interponer reclamaciones y recursos en nombre de INEPRODES, S.L..

Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en este Tribunal dentro del plazo legal concedido.



QUINTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 13 de enero de 2016, se concedió un plazo de cinco días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.



Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que



no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquellas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y, solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Adamuz remite a este Tribunal el escrito de recurso, copia compulsada del expediente, así como listado de licitadores participantes en la licitación, no comunicando que haya procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Procede ahora abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según el certificado que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- (...)



- *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (94/2012, de 15 de octubre, 97/2012, de 19 de octubre, 29/2013, de 19 de marzo y 113/2014, de 8 de mayo, 398/2015 de 17 de noviembre entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el caso que nos ocupa, la recurrente esgrime que los pliegos impugnados vulneran el principio de igualdad, de manera que se está discriminando a la entidad a la hora de poder acceder a la licitación. Por tanto, queda suficientemente acreditada la legitimación de aquella para recurrir por mor del perjuicio alegado y que pretende evitar por medio de la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Como se menciona en la Resolución de este Tribunal 398/2015, de 17 de noviembre, anteriormente invocada, *“Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación del recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un*



nuevo pliego ajustado a Derecho”.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la recurrente ostenta legitimación suficiente para la interposición del recurso.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente a los pliegos que rigen la contratación del contrato, que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.2 a) del TRLCSP.

No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión de servicio público.

La adecuada tipificación del contrato como gestión de servicios públicos o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal en sus Resoluciones 176/2014 y 182/2014, de 25 de septiembre y 190/2014 de 3 de octubre, donde se recogía, a su vez, el criterio de otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, y 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero, y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene, a propósito de un contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como



condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala que, ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.
- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación



armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de



concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.

- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.

Así pues, como señala la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicio público y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede.

En tal sentido, la cláusula 6^a del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que *“El precio unitario hora máximo de licitación se fija en 12,02 euros/hora y 0,48 euros/hora de IVA, de acuerdo con la Adenda al Convenio de Colaboración en la Excm. Diputación Provincial de Córdoba y el Ayuntamiento de Adamuz (Córdoba) para la Gestión del Servicio Público Provincial de Ayuda a*



Domicilio para 2016, lo que implica una financiación por importe de 371.243,20 euros.

Esta cantidad económica se estima tomando como referencia la intensidad horaria, régimen de compatibilidad de servicios y aportación económica del usuario actualmente vigente, contenida en la normativa autonómica de la Orden CIBS de 15 de noviembre de 2007, en la redacción dada por la Orden CIBS de 10 de noviembre de 2010.

Cualquier modificación de los parámetros anteriormente señalados como consecuencia de la adecuación de la normativa autonómica a lo dispuesto en el Título III y Disposición Transitoria 8ª del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, o cualquier otra que le pudiera afectar, conllevará la inmediata aplicación a este contrato de lo dispuesto en la misma a partir de su entrada en vigor, y la correspondiente adecuación horaria y económica de los servicios prestados en el municipio a partir de ese momento y de acuerdo a las adaptaciones que se pudieran establecer por el IPBS para la gestión del Servicio Público Provincial de Ayuda a Domicilio en Adamuz (...).”

Asimismo, el apartado B) de la cláusula 24 del PCAP, bajo el título «Potestades y deberes de la Administración», establece que:

“La Corporación deberá:

- 1. Abonar al concesionario el importe de los servicios que efectivamente haya ejecutado por encargo del Ayuntamiento, en los términos convenidos por Adenda que se firme con la Diputación Provincial.*
- 2. Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente.*
- 3. Restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público,*



las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

En dichos supuestos, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan.

4. Indemnizar al concesionario por los daños causados y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si ésta se produjere por motivos de interés público independientemente de culpa del concesionario.

5. Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio.

Por último, la cláusula 25, «Obligaciones y derechos del concesionario», recoge que:

A) Serán obligaciones de éste:

1. Organizar y prestar el Servicio de Ayuda a Domicilio, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de 15 de noviembre de 2007, modificada por Orden de 10 de noviembre de 2010 y con la demás legislación que sea aplicable, así como de conformidad con lo dispuesto en el presente pliego y en el de prescripciones técnicas y en el Reglamento para la Gestión del Funcionamiento del Servicio de Ayuda a Domicilio del Instituto Provincial de Bienestar Social de Córdoba, que rigen en la presente contratación, u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal; sin poder ceder, arrendar ni traspasar dicho servicio, salvo autorización expresa de este Ayuntamiento.

(...)

B) Serán derechos del concesionario los siguientes:



1. *Percibir, como única retribución del Ayuntamiento, el importe correspondiente por la prestación del servicio de Ayuda a Domicilio, en función del número de horas previamente asignas por aquél y realmente ejecutadas, al precio adjudicado.*
2. *Recabar la protección del Ayuntamiento, para garantizar la normal prestación del servicio.*
3. *El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.*
4. *A que el Ayuntamiento le proteja e interponga su autoridad en cuanto fuera preciso para que sea respetado por los terceros en su condición de contratista y concesionario, y para que cese toda perturbación al normal desempeño del servicio que se le concede.”*

De lo expuesto en dichas cláusulas se pone de manifiesto que no se produce una efectiva transferencia del riesgo de la explotación al adjudicatario, pues existe una previsión de horas anuales, un precio máximo unitario por hora y un presupuesto estimado total, y aún cuando el número anual estimado de horas pueda fluctuar, la oscilación que pueda haber al alza o baja no se presume desmesurada en un contrato de esta naturaleza.

En definitiva, pues, a pesar de que se recoge que el contrato se celebra a riesgo y ventura de la empresa concesionaria, no existe en este contrato una indeterminación en la demanda del servicio y, por otra parte, la retribución del contratista queda fijada en el pliego en función de la oferta por precio hora que se realice.

Al respecto, debemos hacer mención a la Resolución núm 3/2014 de 9 de abril de 2014 de la Diputación Foral de Álava que, en relación a un contrato calificado de Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio, determina que el mismo debe ser calificado como contrato de servicios, concluyendo que *“Conforme a los criterios apuntados y trasladándolos al contrato objeto del presente recurso, no se aprecia que exista ninguna transferencia del riesgo de explotación del servicio al adjudicatario, el cual se limita a la percepción del precio unitario*



ofertado por cada hora de prestación del servicio, tal y como establecen los pliegos reguladores de las condiciones del contrato, cuya gestión, por otro lado, está asumida por la propia Administración contratante que es quien determina tanto la necesidad como la frecuencia de la prestación en función de una selección de prestatarios que ella misma realiza, sin que, por otra parte, se exija la realización de ninguna inversión de explotación del servicio, y por ello el contrato debe calificarse de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP: Servicios sociales y de salud.”

Asimismo, en el presente contrato no se transfiere al contratista la potestad plena para organizar la explotación del servicio, tal y como se desprende de los requisitos relativos a la organización del servicio previstos en las cláusulas sexta y séptima del pliego de prescripciones técnicas, la cuales describen indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario para la adecuada prestación del servicio, abundando en la idea de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Finalmente, hemos de hacer mención al artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión que, si bien no es aún de aplicación, su fecha límite de transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros está muy próxima y deberá ser el próximo 18 de abril de 2016. El citado artículo 5 lleva por título <<Definiciones>> y en su apartado 1) señala que *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento,*



vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;”

Así pues, a partir del 18 de abril de 2016 y al no ser presumible que se encuentre transpuesta a nuestro Ordenamiento la Directiva citada, las definiciones del artículo 5 parcialmente transcrito surtirán plenos efectos jurídicos pues son claras, precisas y no se hallan condicionadas. De este modo, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público estaremos ante una concesión de servicios y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal no puede sino concluir que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP (servicios sociales y de salud) y alcanzar el importe anual, IVA excluido, la cantidad de 356.393,47 euros.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el presente supuesto, la publicación del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia se produjo el 24 de noviembre de 2015 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento el 1 de diciembre de 2015, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir del día 1 de diciembre de 2015, fecha en la que los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento a través del perfil del órgano de contratación. Por tanto, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 11 de diciembre de 2015 en el Registro del órgano de contratación, éste se presentó dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso que se declare la nulidad del criterio de adjudicación de evaluación automática denominado *“Compromiso con el desarrollo de la economía social (Hasta 20 puntos)”*.

El criterio impugnado se describe en el apartado v) de la cláusula 14 a) del PCAP, siendo su tenor el siguiente:

“14.CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

A) CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE.

V. Compromiso con el desarrollo de la economía social (Hasta 20 puntos):



- *Entidades o empresas participadas mayoritariamente por sus trabajadores: 10 puntos.*
- *Entidades o empresas donde las diferencias salariales no superen 2 veces el mayor salario sobre el menor salario: 10 puntos.”*

La recurrente sostiene que el hecho de que tales criterios sean considerados en la presente licitación, es totalmente contrario a lo establecido en el TRLCSP y en la propia Constitución, señalando que con estos criterios se está infringiendo el principio de igualdad de trato y no discriminación entre los candidatos, pues se está dando un trato más favorable a las empresas de interés social frente a las que no lo son.

Por todo ello, concluye la recurrente que, según lo establecido en el artículo 14 de la Constitución española y en el propio TRLCSP, el establecimiento de estos criterios cuantificables automáticamente es completamente contrario al principio de igualdad que debe imperar tanto en la normativa como en la actuación de la Administración Pública y, con dicha vulneración, se está discriminando entre otras a la propia entidad recurrente.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido se limita a señalar que al tener el contrato una cuantía de 371.243,20 euros y una duración no superior a 5 años, no procede el recurso interpuesto, sin entrar en consideraciones sobre el fondo del mismo.

SEXTO. Una vez expuestos los argumentos de las partes procede analizar la cuestión de fondo del recurso. En concreto, hemos de dilucidar si el criterio de adjudicación cuantificable de forma automática “*Compromiso con el desarrollo de la economía social*” previsto en el pliego, se ajusta o no a Derecho.

En este punto, conviene recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección



tiene su límite en la exigencia, derivada del artículo 150.1 del TRLCSP, de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato y no con características o circunstancias de la empresa licitadora.

Al respecto, el artículo 150.1 del TRLCSP señala: *"Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesaria mente, el del precio más bajo."*

Para una correcta interpretación del artículo 150 TRLCSP debemos tener en consideración lo dispuesto al respecto por la Directiva 2004/18/CE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la posibilidad de integrar aspectos sociales, de 15 de octubre de 2001.

Pues bien, es el artículo 53 de la Directiva 2004/15, transpuesto en el actual artículo 150 del TRLCSP, permite que, además del precio más bajo, se tengan en cuenta distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate, entre los que se puede incluir los denominados "criterios sociales".



La presencia de estos criterios sociales en la contratación pública responde, en gran medida, a la actual corriente que tiene como objetivo lograr una contratación socialmente más responsable, siendo admitidos y fomentados cada vez más por las instituciones comunitarias. Al respecto, incluso la nueva Directiva 2014/24/UE, pendiente de transposición, prevé que se *“podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate.”*

Así, esta incorporación se contempla en dos vertientes, como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 118 del TRLCSP) y como criterios de valoración de las ofertas (artículo 150.1 del TRLCSP). Y, respecto a lo que aquí interesa, su inclusión como criterios de valoración, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene señalando que los criterios utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un servicio (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Reino de España contra Comisión Europea).

Recogiendo esta doctrina, el Tribunal Central de Recursos Contractuales ha señalado en su Resolución 891/2014, de 5 de diciembre, que *“los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato y tener como finalidad la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración contratante, sin que quepa incluir criterios de carácter social, como la estabilidad en el empleo, salvo que éstos estuvieran efectivamente vinculados al objeto del contrato.”*

Por otra parte, la Sentencia Beentjes de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87), al tratar la contratación de desempleados de larga duración, acepta



criterios de adjudicación diferentes al precio siempre que sean objetivos, no resulten discriminatorios y hayan sido anunciados previamente.

Por último, hemos de tener en cuenta también la Comunicación Interpretativa de 15 de octubre de 2001, formulada por la Comisión Europea, cuando señala que las Directivas imponen dos condiciones a la inclusión de criterios sociales que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa, esto es, deberán respetar en todo caso los principios de igualdad y no discriminación y suponer una ventaja económica para el poder adjudicador.

Asimismo, conviene traer a colación el Informe 6/2014, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que recalca que *“La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).”*

Pues bien, una vez expuesto lo anterior, procede analizar el criterio *“Compromiso con el desarrollo de la economía social”*, incluido en el apartado v) de la cláusula 14 a) del PCAP, para determinar si el mismo se adecua a lo dispuesto en la normativa de aplicación.

Como ya se ha señalado, el criterio está dividido en dos subcriterios. Por una parte, se valora que las entidades o empresas estén participadas mayoritariamente por sus trabajadores y, por otra, que las diferencias salariales no superen dos veces el mayor salario con respecto al menor.



Si analizamos ambos subcriterios, no podemos sino concluir que lo que se está valorando son características de las propias empresas, los cuales no pueden funcionar como criterios de adjudicación, pues no están directamente vinculadas al objeto del contrato y originan un tratamiento no igualitario y discriminatorio de los licitadores

Asimismo, a juicio de este Tribunal, la inclusión de tales criterios no afecta a la mayor o menor calidad en la prestación del servicio, siendo irrelevante que la empresa licitadora, para el supuesto aquí examinado, esté participada mayoritariamente por sus trabajadores o que el salario mayor no supere dos veces al menor.

Es por ello que procede anular el criterio impugnado, toda vez que incumple un requisito fundamental del artículo 150.1 del TRLCSP, cual es su directa vinculación con el objeto del contrato.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Prestación del servicio de ayuda a domicilio en Adamuz” (Expte. GEX 3039/2015), convocado por el Ayuntamiento de Adamuz (Córdoba) y, en consecuencia, anular el criterio de adjudicación impugnado del PCAP, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que se proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque una nueva licitación.



SEGUNDO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

