Recurso 195/2019

Resolución 370/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 7 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio en el domicilio de La Rambla" (Expte. GEX 1383/2019), convocado por el Ayuntamiento de La Rambla (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de abril de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2019/S 068-160779 y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento, día en que asimismo los pliegos fueron puestos a disposición de las posibles personas interesadas en dicho perfil.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 4.552.375,00 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 29 de abril de 2019, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (en adelante ASADE) contra los pliegos. En su escrito de recurso, la asociación recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

Dicho escrito de recurso junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 23 de mayo de 2019.

CUARTO. Por Resolución de este Tribunal, de 11 de junio de 2019, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la asociación recurrente.

QUINTO. Con fecha 11 de junio de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo mencionado.

SEXTO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la

Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de La Rambla (Córdoba) aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*
Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que «*Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados*».

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal

Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el PCAP y ello por entender que en aquel se incumplen determinados aspectos relacionados con el presupuesto base de licitación y con el valor estimado del contrato.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de ASADE su fin primordial es la representación, participación y defensa de sus asociados, en relación con todas las actividades empresariales en el sector de la atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legitimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado de 4.552.375,00 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, disponen que: «*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».

En el supuesto examinado, los pliegos se publicaron el 5 de abril de 2019 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido de los mismos y demás documentos contractuales. En consecuencia, al haberse presentado el escrito de recurso el 29 de abril de 2019 en el registro del órgano de contratación, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a la anulación de las cláusulas referidas en el cuerpo del recurso.

Denuncia que las cláusulas de los pliegos relativas al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato deben ser anuladas, pues a su juicio el presupuesto base de licitación, por un lado, no aparece desglosado en los pliegos, y por otro lado, es inviable pues el precio hora del servicio licitado es insuficiente para su prestación.

Con respecto al primer alegato, en el que afirma que el presupuesto base de licitación no aparece desglosado en los pliegos, la recurrente tras transcribir las cláusulas de los pliegos relativas -a su juicio- al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato, los artículos 100.2, 101.2, 5 y 7 y 102.3 de la LCSP y determinados aspectos de ciertas resoluciones de algunos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, incluido este Tribunal, señala que siendo la mano de obra en el supuesto examinado la

partida más importante, a su entender, los pliegos incumplen la obligación esencial del incluir el correspondiente desglose del presupuesto base de licitación, vulnerándose entre otros el principio de transparencia con grave perjuicio a las entidades licitadoras en el momento de preparar sus ofertas.

En este sentido, afirma que además de lo anterior, no se permite a dichas entidades licitadoras poder analizar si han sido correctamente calculados todos los costes del servicio y si el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato es suficiente para cubrir aquellos, y en su caso, poder ejercitar las oportunas acciones contra los pliegos por inviabilidad económica de la ejecución de la prestación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, entre otras cuestiones, que en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se incorpora el desglose de los costes directos e indirectos al objeto de determinar el valor estimado y el presupuesto base de licitación; sin embargo, afirma que el precio máximo de la hora del servicio viene determinado por la regulación del mismo contenida en la normativa autonómica, que establece un máximo de 13,00 euros la hora.

Pues bien, sobre la cuestión controvertida se ha pronunciado este Tribunal ya con la nueva LCSP en varias ocasiones, entre las más recientes, en las Resoluciones 259/2019, de 9 de agosto, 323/2019, de 10 de octubre, 334/2019 y 335/2019, ambas de 18 de octubre y 352/2019, de 24 de octubre. En la primera de ellas, tras transcribir los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, se señalaba que «*Así pues, de los preceptos transcritos (...), puede extraerse como conclusión que para el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, debiendo dentro del presupuesto base de licitación consignarse de manera desglosada en el PCAP o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y para el supuesto que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato -circunstancia que concurre en el supuesto examinado-, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia; obviamente, dichas exigencias en el supuesto de que el contrato prevea su división en lotes habrán de cumplirse para cada uno de los lotes en que aquel se divida.*

En el sentido expuesto en el párrafo anterior se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 231/2018, de 30 de julio, 233/2018, de 2 de agosto, 271/2018, de 28 de septiembre, 99/2019, de 4 de abril y

192/2019, de 13 de junio, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 632/2018, de 29 de junio y 389/2019, de 17 de abril.».

En el supuesto examinado, la regulación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato se recoge en las clausulas 3 y 4 del PCAP y 7 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) que disponen en lo que aquí atañe lo siguiente:

«*CLÁUSULA 3 [PCAP]. Valor estimado*

El valor estimado del contrato asciende a la cuantía de 4.552.375,00 euros (I.V.A. excluido).

El valor estimado se ha calculado teniendo en cuenta la duración principal del contrato y sus eventuales prorrogas.

Método de cálculo aplicado para calcular el valor estimado: Se ha calculado en función del número de horas previstas de servicio al año, teniendo en cuenta que el precio máximo de la hora es de 12,50 euros (I.V.A. excluido) (...).

CLÁUSULA 4 [PCAP]. Presupuesto base de licitación y precio del contrato

Presupuesto (IVA excluido): 910.475,00 euros.

IVA: 36.419,00 euros.

Tipo: 4%

El presupuesto base de licitación se entiende como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Presupuesto base de licitación: 946.894,00 euros, IVA incluido (para 1 año). No se tiene en cuenta en esta magnitud la posibilidad de acordar una o varias prórrogas.

Número de horas previstas de servicio desglosadas en tres programas para un año:

SAD Dependencia: 67.176 horas.

SAD Básica: 192 horas.

Programa Municipal de Atención al Entorno Familiar: 5.470 horas.

El número de horas calculadas tiene meros efectos de estimación a los efectos de calcular tanto el valor estimado como el presupuesto base de licitación, pudiendo variar en función de las necesidades del servicio y de la demanda de usuarios (...).

Séptimo [PPT].- Importe del contrato

Valor estimado del contrato: 4.552.375,00 euros (IVA excluido)

Presupuesto base de licitación IVA excluido: 910.475,00 €. IVA%: 36.419,00 €

Presupuesto base de licitación IVA incluido: 946.894,00 €

Duración de la ejecución: 1 año prorrogable por 4 años más. Duración máxima: 5 años».

Así las cosas, el presupuesto base de licitación configurado en los pliegos (cláusula tercera y cuarta del de cláusulas administrativas particulares y séptima del de prescripciones técnicas) no cumple las exigencias del artículo 100.2 de la LCSP, dado que no desglosa los costes directos e indirectos, ni detalla otros eventuales gastos para su determinación; asimismo, al tratarse de un contrato de servicios y formar parte del precio total del mismo el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución, dicho pliego no indica de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Asimismo, en cuanto al valor estimado del contrato, en la citada documentación se indica el importe del valor estimado del contrato así como la estimación de horas necesarias para ejecutar la prestación y el precio por hora, no figurando lo exigido en el artículo 101 de la LCSP, dado que, entre otras cuestiones, no se detalla si se ha tenido en cuenta para su cálculo, entre otras circunstancias, los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los derivados de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (primer párrafo del apartado 2 del artículo 101). Por último, al tratarse de un contrato de servicios en el que es relevante la mano de obra, asimismo, no se detalla si se han tenido en cuenta especialmente los costes laborales derivados de los convenios colectivos de aplicación.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el artículo 100.2 de la LCSP exige que el desglose de costes en los términos allí recogidos se realice en el PCAP o en el documento regulador de la licitación, circunstancias que no se dan en el supuesto examinado.

En efecto, la literalidad del artículo 100.2 de la LCSP, y por ende del 101.2 de la misma, es clara cuando impone y exige que sea el PCAP o el documento regulador de la licitación, donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto, en las cláusula tercera y cuarta del PCAP y séptima del PPT, es donde queda configurado el presupuesto base de licitación, en el que se contempla únicamente

una cantidad global, el IVA correspondiente y la suma de ambas cantidades. Asimismo, en cuanto al valor estimado del contrato, se indica la estimación de horas necesarias para ejecutar la prestación, el precio por hora, y el importe global.

En su descargo, el órgano de contratación en su informe al recurso además de indicar como se ha expuesto que en el PCAP no se incorpora el desglose de los costes directos e indirectos al objeto de determinar el valor estimado y el presupuesto base de licitación; sin embargo, afirma que el precio máximo de la hora del servicio viene determinado por la regulación del mismo contenida en la normativa autonómica, que establece un máximo de 13,00 euros la hora, exponiendo a continuación que si se realiza un estudio de costes -que desarrolla de forma sucinta- se puede llegar a la conclusión que el coste de la hora de servicio asciende a 12,03 euros, lo cual deja un margen de un 3,9% de beneficio industrial.

Concluye el órgano de contratación que con lo expuesto en el informe al recurso queda demostrado que el importe de 12,50 euros es suficiente para la financiación del contrato.

Así las cosas, queda claro como el mismo órgano de contratación reconoce que no se incorporan en el PCAP -o en el documento regulador de la licitación- las exigencias previstas en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, sin que sea posible suplir dicha ausencia en el informe al recurso pues, sin prejuzgar la validez de los cálculos y desgloses realizados en el mismo, evidentemente los pliegos no se remiten al mismo, ni ha podido ser objeto de publicación en el perfil de contratante junto al resto de documentación, habiendo sido emitido lógicamente con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación del recurso especial en materia de contratación; ello ha originado que el desglose de costes no pueda ser objeto de comprobación por las potenciales entidades recurrentes y licitadoras.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, los pliegos vulneran los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP.

Procede, pues, estimar el presente alegato del recurso.

SEXTO. A continuación, como segundo y último motivo del recurso, la recurrente denuncia que la licitación es inviable pues el precio hora del servicio licitado es insuficiente para su prestación. En este sentido, formula un estudio económico que, en síntesis, expresa que el precio por hora para poder ejecutar la

prestación que se licita asciende a 12,92 euros, IVA excluido, importe que está por encima del precio de licitación fijado de 12,50 euros, IVA excluido; y ello según manifiesta la recurrente sin incluir las mejoras y otras gastos necesarios como por ejemplo los derivados del personal a subrogar.

Pues bien, la estimación del anterior alegato, y con ello la anulación de los pliegos para que en su caso se proceda por el órgano de contratación a dar cumplimiento a lo establecido por los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, supone que en los nuevos que en su caso se aprueben se deberán reflejar, en el PCAP -o en el documento regulador de la licitación- para el presupuesto base de licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, así como los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, y para el valor estimado del contrato se han de tener en cuenta los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, debiendo figurar en el PCAP para su cálculo el método aplicado por el órgano de contratación.

En ese sentido, una vez aprobados en su caso los nuevos pliegos será cuando se pueda apreciar si el presupuesto base de licitación cubre los costes salariales así como el resto de gastos en los términos que demanda la asociación recurrente.

En efecto, una vez que el órgano de contratación proceda a dar cumplimiento a lo establecido en lo que aquí interesa por los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP es posible que el presupuesto base de licitación, y en consecuencia el valor estimado del contrato, pueda variar ya sea al alza o a la baja, lo que unido al preceptivo desglose de aquellos, permitirá verificar en su caso lo ahora denunciado por la recurrente (v.g. Resoluciones, 231/2018, de 30 de julio, 99/2019, de 4 de abril y 323/2019, de 10 de octubre, de este Tribunal y, en sentido similar, Resolución 883/2018, 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

SÉPTIMO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO** contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio en el domicilio de La Rambla" (Expte. GEX 1383/2019), convocado por el Ayuntamiento de La Rambla (Córdoba) y, en consecuencia, anular dichos pliegos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 11 de junio de 2019.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.