

Recurso 242/2020

Resolución 62/2021

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

Sevilla, 25 de febrero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de elaboración de comidas para pacientes del Hospital La Merced del Área de Gestión Sanitaria de Osuna de Sevilla”, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. P.A. 50/2019), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 4.269.580,44 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (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 1 de septiembre de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U. (MEDITERRÁNEA DE CATERING, en adelante) contra los pliegos de la contratación referenciada.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 2 de septiembre de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso, requiriéndole el expediente de contratación, informe al recurso, alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación ha tenido entrada en este Tribunal el 25 de septiembre.

CUARTO. El 8 de octubre de 2020, este Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la recurrente.

QUINTO. Mediante escrito de 28 de octubre de 2020, se dio traslado del recurso a la única entidad interesada en el procedimiento, SODEXO IBERIA, S.A., concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que en el mencionado plazo se haya recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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.

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



En este sentido, 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»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente -relativos a la falta de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación y a la inadecuación de los requisitos de solvencia técnica establecidos- ponen de manifiesto que los pliegos impiden o dificultan la participación de aquella en la licitación. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el 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, dispone 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 analizado, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los interesados el 11 de agosto de 2020 a través de su publicación en el perfil de contratante, por lo que el recurso especial en materia de contratación presentado en el Registro electrónico de este Tribunal, el 1 de septiembre de 2020, se ha interpuesto dentro del plazo legal.



QUINTO. Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede analizar sus motivos. MEDITERRÁNEA DE CATERING solicita la anulación de los pliegos y funda su impugnación en tres motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, esgrime que existe obligación de subrogación conforme al convenio colectivo estatal del sector laboral de la restauración colectiva, si bien ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) ni en el perfil de contratante se facilita la información del personal a subrogar, pues solo hay una breve reseña a los costes laborales en el cuadro resumen y en la memoria del expediente, todo lo cual supone, a juicio de la recurrente, una infracción de lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP.

Añade que tampoco consta que se haya requerido a la empresa contratista para que proporcione aquella información y que el PCAP traslada a las entidades licitadoras la obligación que incumbe al órgano de contratación de requerir la información prevista en el citado precepto legal, todo lo cual impide o dificulta la presentación de oferta en la licitación pues se desconocen los costes laborales del personal a subrogar.

Frente al motivo se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo que ha seguido el procedimiento establecido en lo relativo a la información sobre el personal a subrogar. En tal sentido, manifiesta que el 24 de junio de 2020 solicitó a la actual adjudicataria, SODEXO IBERIA, S.L., la citada información que fue remitida por esta empresa; si bien el 13 de agosto de 2020, por error, se publicó la reiterada información en la página web del hospital en vez de en el perfil de contratante.

No obstante, alega el órgano de contratación que, una vez detectado el error y finalizado el plazo de presentación de ofertas, *“se procede a la publicación de la documentación necesaria y a la ampliación del plazo para presentación de ofertas (...) de conformidad con el artículo 136.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre(...)”*.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Con carácter previo, hemos de exponer los siguientes datos de interés para la resolución de la cuestión planteada:

- Como hemos señalado en los antecedentes de esta resolución, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante el 11 de agosto de 2020,



señalándose en el anuncio del DOUE como fecha de finalización del plazo para la recepción de ofertas el 9 de septiembre de 2020, mientras que en el perfil se indicó el 7 de agosto de 2020.

- El 13 de agosto de 2020, se publicó en el perfil una corrección de la fecha límite de presentación de ofertas, indicándose como tal el 7 de septiembre de 2020. Posteriormente, el 17 de agosto, volvió a publicarse en el perfil otra corrección de la citada fecha, señalándose el 9 de septiembre de 2020.

- El 25 de septiembre de 2020, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, se publica en el perfil de contratante, como anexo al PCAP, el listado de personal a subrogar y se establece el 30 de octubre de 2020 como nueva fecha límite para la presentación de ofertas. No consta que ninguna de las correcciones publicadas en el perfil lo hayan sido también en el DOUE.

- En el anexo al PCAP, bajo la denominación *“RELACIÓN DEL PERSONAL A SUBROGAR PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DE DIETAS DEL HOSPITAL DE LA MERCED PERTENECIENTE AL ÁREA DE GESTIÓN SANITARIA DE OSUNA DE SEVILLA”*, se indica:

- Que el convenio colectivo de aplicación es el de *“colectividades nacional (HSE)”*.
- Que no existen derechos consolidados fuera del salario bruto anual.
- Número de trabajadores a subrogar con indicación del centro de trabajo, categoría, fecha de alta, fecha de antigüedad, código y tipo de contrato, número de horas semanales de trabajo, vencimiento del contrato en los casos en que no es indefinido y salario bruto anual.

Pues bien, la recurrente aduce que, existiendo la obligación de subrogación conforme al convenio colectivo estatal del sector laboral de la restauración colectiva, no se facilita información del personal a subrogar en el PCAP ni en el perfil de contratante; oponiendo el órgano de contratación que solicitó y obtuvo dicha información de la actual adjudicataria el 24 de junio de 2020, antes por tanto de la convocatoria de la licitación, si bien por error el listado de personal a subrogar se publicó en la página web del hospital y no en el perfil. Para remediar tal omisión, el citado órgano alega que publicó dicho listado -como anexo al PCAP- una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, procediendo a la ampliación del mismo de conformidad con lo estipulado en el artículo 136.2 de la LCSP.

Al respecto, el artículo 130.1 de la LCSP dispone que *“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse*



como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

La finalidad de la información a que se refiere el precepto legal es, como el mismo señala, que los potenciales licitadores tengan conocimiento, a la hora de preparar sus ofertas, de los efectivos costes laborales que implicará la subrogación en caso de resultar adjudicatarios.

En el supuesto analizado, el plazo de presentación de ofertas publicado en el perfil de contratante fue modificado hasta dos veces, señalándose como fecha última de finalización del plazo el 9 de septiembre de 2020. Antes de esa fecha y siendo un hecho admitido por las partes que opera la subrogación de trabajadores en virtud del convenio colectivo de aplicación, ni en los pliegos ni en sus anexos se contenía la información exigida por el artículo 130.1 de la LCSP.

Quiere decirse, pues, que, a la finalización del plazo de presentación de proposiciones, los licitadores no disponían de esa información que obligatoriamente debía haber incorporado el órgano de contratación a los pliegos y haberla hecho pública, existiendo una clara vulneración del precepto legal analizado con claras consecuencias desfavorables para los licitadores, quienes se han visto privados de una información esencial para la elaboración de sus proposiciones.



La publicación del listado de personal a subrogar en la página web del órgano de contratación el 13 de agosto de 2020 -durante el plazo de presentación de ofertas- fue un error como reconoce el propio órgano de contratación. Ahora bien, ese error no podía subsanarse en el modo en que se llevó a cabo.

En efecto, el órgano de contratación alega que, tras detectar el error, el listado de personal a subrogar se incorporó como anexo al PCAP y se publicó en el perfil una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas y pretende ampararse en el artículo 136.2 de la LCSP para defender la legalidad de su actuación. No obstante, difícilmente puede ampliarse un plazo que ya ha concluido. La solución prevista en el artículo 136.2 de la LCSP es para los casos en que procede ampliar el plazo inicial de presentación de ofertas cuando dicho plazo está todavía en vigor y se dan las circunstancias descritas en dicho precepto, pero no para cuando aquel ya ha finalizado.

En el supuesto analizado, el plazo de presentación de proposiciones terminó el 9 de septiembre de 2020 sin que, a dicha fecha, los licitadores dispusieran de la información obligatoria prevista en el artículo 130.1 de la LCSP. A partir de ese momento, la omisión de esta información no podía subsanarse ya en modo alguno.

Al hilo de lo anterior, la modificación operada en el PCAP -con la inclusión del anexo sobre el listado de personal a subrogar cuando el plazo de licitación estaba concluido y previsiblemente se había iniciado ya la licitación con la única entidad participante- debe reputarse una modificación del pliego prohibida por el artículo 122.1 de la LCSP, precepto que dispone que *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

Ya hemos expuesto que la adición incorporada al PCAP era una información de suma relevancia para la preparación de las ofertas pues permite a los potenciales licitadores evaluar los costes laborales efectivos del personal a subrogar; de modo que su omisión por el órgano de contratación no puede considerarse error material subsanable durante la licitación y nunca podría permitir -en caso de haber existido concurrencia en la licitación examinada- una reformulación de las ofertas a la luz de aquellos nuevos datos.



Así las cosas, el nuevo anexo del PCAP con el listado del personal a subrogar supone una modificación de su contenido que obliga, conforme al precepto legal citado, a retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Procede, pues, estimar el motivo del recurso con las consecuencias expuestas en este fundamento.

SEXTO. En un segundo motivo, MEDITERRÁNEA DE CATERING alega infracción del artículo 100.2 de la LCSP. En tal sentido, con invocación de resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, manifiesta que en la memoria del expediente y en el cuadro resumen del PCAP se establecen los costes salariales ascendentes a 433.921,90 euros -un 56,82 por ciento del total de los costes anuales del contrato y del valor estimado del mismo-. Por tanto, sostiene que en la licitación examinada debieron desglosarse los costes salariales conforme a la norma citada *“omitiéndose en el PCAP cualquier información relativa a la desagregación de género”*.

Frente al motivo expuesto, el órgano de contratación opone que no es de aplicación el artículo 100.2 de la LCSP, pues el precio no se ha fijado en unidades de trabajo y tiempo sino en número de dietas, determinándose el presupuesto en función del promedio aproximado de dietas elaboradas individuales servidas anualmente en el centro, y ello teniendo en cuenta que se facturará por la cantidad de ingestas individuales servidas al precio contratado. Pese a ello, concluye el órgano de contratación que *“dado que se publica la relación del personal a subrogar se pueden inferir tales costes por género y categoría”*.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen, para lo cual comenzamos con la reproducción del contenido del artículo 100.2 de la LCSP, cuyo tenor es el siguiente: *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, 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”*.



Sobre la cuestión controvertida, existe una doctrina consolidada de este Tribunal. Así en la Resolución 443/2020, de 11 de diciembre -con cita de otras anteriores como las Resoluciones 259/2019, de 9 de agosto, 323/2019, de 10 de octubre, 335/2019, de 18 de octubre y 352/2019, de 24 de octubre, entre otras- indicábamos:

“(...) 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 este sentido, el nivel de desglose para cada uno de los costes exigidos en los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP sería el siguiente. Dentro del presupuesto base de licitación deben consignarse de manera desglosada los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, de tal forma que deberá figurar una partida de costes directos, otra de indirectos y, en su caso, otras de otros eventuales gastos calculados para su determinación, sin que se requiera por parte de los citados artículos mayor nivel de desglose.(...)

Por último, 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 (último inciso del artículo 100.2 de la LCSP). En este sentido, a



tenor de dicha norma, el nivel mínimo de desglose será el que se establezca en el convenio laboral de referencia, además de con desagregación de género y categoría profesional”.

En el supuesto analizado, hemos de tener en cuenta los siguientes datos de interés obrantes en los documentos de la licitación:

1. La memoria justificativa publicada en el perfil señala, en lo que aquí interesa, que *“El presupuesto base de licitación se fija en 838.667,5880 € de presupuesto anual con IVA y el presupuesto total del periodo de vigencia es 1.677.335,1760 € IVA incluido, en base al siguiente análisis:*

El precio del contrato remunera la prestación de un servicio de alimentación integral, en base a protocolos establecidos, en horas fijadas y con los profesionales asignados, que engloba tanto el aprovisionamiento de víveres, la producción de los menús, su emplatado y distribución ...etc, además de procurar la limpieza y calidad higiénica en todo el proceso alimentario, y se forma teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 102.3 de la LCSP considerando los términos económicos del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva aplicable al lugar de prestación del servicio.

El presupuesto base de licitación se desglosa en los siguientes costes calculados para su determinación:

Costes directos:

Costes de la mano de obra empleada:

Según la información facilitada por el empresa contratista actual sobre la plantilla que presta servicios en el Hospital de Osuna, y en aplicación del Convenio Colectivo de aplicación indicado, el salario bruto anual total asciende a 307.582, 42 euros.

Se estima un 4,5% de coste de absentismo (...) sobre el anterior coste, es decir, 13.841,21 €.

El coste de seguridad social (35% sobre ambos importes anteriores) asciende a 112.498,27 €.

Por todo ello, el coste de la mano de obra asciende a 433.921,90 €.



Según el Convenio Colectivo, la subida para el año 2020 será la pactada, pero, aun desconociéndose en este momento del procedimiento, vamos a estimar que es un 1,5%, por lo que el coste de mano ascendería a 440.430,73 € (...)". Tal previsión sobre el coste directo de la mano de obra se reitera en la cláusula 3.3 y en el apartado 9.2 del cuadro resumen, ambos del PCAP.

2. Por su parte, el anexo del PCAP sobre el listado de personal a subrogar menciona el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que prestan el servicio en el hospital y señala, como centro de trabajo de los mismos, la cocina del centro sanitario, figurando en el anexo que la mayoría de ellos están contratados a tiempo completo.

3. De los apartados 1, 2.3 y 2.4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) se desprende que:

- La empresa adjudicataria realizará la manipulación y cocinado de las materias necesarias para la elaboración de los menús en las instalaciones del hospital (salvo lo que se prevea en los planes de contingencias).
- Corresponde a la adjudicataria, a través de su personal, el proceso de emplatado centralizado de comidas en bandejas individuales y su posterior traslado hasta el paciente en cada uno de los servicios, así como su posterior retorno hasta la cocina. Será responsable de que las comidas lleguen en perfectas condiciones para cada paciente, en lo referente a cantidades prescritas, calidad, higiene, temperatura y puntualidad, bajo la supervisión del hospital.

La distribución entendida como entrega y recogida se realizará por el circuito que se establezca y se realizará a pie de enfermo por el personal de la empresa adjudicataria bajo la supervisión de enfermería.

4. Por último, la cláusula 3 del PCAP prevé que la adjudicación del contrato se efectúa atendiendo a precios unitarios en función de las diferentes dietas para los pacientes: desayuno, almuerzo, merienda, cena, desayuno reducido/líquido, almuerzo reducido/líquido, merienda reducida/líquida, cena reducida/líquida y productos alimenticios para el pacientes conforme al Anexo C del cuadro resumen. De este modo, el modelo de oferta económica que figura como anexo al PCAP prevé que la misma se haga ofertando un porcentaje de baja lineal para los distintos precios unitarios (IVA excluido) que se establecen en la cláusula 3 del citado pliego.



A la luz de estas previsiones de la memoria y de los pliegos, se colige que en la licitación examinada los costes salariales de las personas empleadas para la ejecución del contrato forman parte del precio total del contrato hasta el punto de que, según los datos de la memoria y del PCAP, los costes de mano de obra se han evaluado teniendo en cuenta la plantilla de la empresa contratista actual y sobre la base del convenio colectivo de aplicación, ascendiendo a 440.430,73 euros anuales, cantidad que supone más de la mitad del presupuesto anual del contrato con IVA (836.667,5880 euros). Asimismo, es un dato relevante que el personal encargado de ejecutar la prestación tiene su centro de trabajo en las cocinas del hospital y en la mayoría de los casos trabaja a tiempo completo, encargándose no solo de la elaboración de las dietas sino de su emplatado y distribución a los propios pacientes del hospital.

Tales datos revelan la importancia del elemento mano de obra en el servicio que examinamos y ello con independencia de que el precio se haya fijado por número estimado de dietas y que la adjudicación del contrato se efectúe ofertando un porcentaje de descuento lineal sobre los distintos precios unitarios de aquellas, pues el hecho de que el precio no se haya fijado en unidades de trabajo y tiempo -extremo cuya validez no prejuzgamos y que precisamente constituye un argumento esgrimido por el órgano de contratación para oponerse a la aplicación del artículo 100.2 de la LCSP- no resta valor al dato cierto de que el coste salarial del personal encargado de la ejecución integra el presupuesto del contrato en más de la mitad de su importe y de que, cualquiera que haya sido el sistema de determinación del precio previsto en el pliego, se trata de un servicio prestado en el centro hospitalario, en muchos casos a tiempo completo por el personal de la adjudicataria, cuyas obligaciones no se limitan a la estricta elaboración de la dieta alimenticia, sino que aglutinan toda una serie de cometidos que incluyen el emplatado y distribución de la dieta a cada uno de los pacientes.

Lo anterior nos lleva a concluir que resulta de aplicación al supuesto analizado el postulado legal del artículo 100.2 de la LCSP relativo a la obligación de que el presupuesto base de licitación indique de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio colectivo de referencia. En este sentido, la memoria justificativa y el PCAP prevén, dentro del coste directo de mano de obra, los conceptos de salario bruto anual del conjunto del personal, de absentismo y de seguridad social, pero omitiendo la desagregación de los costes salariales por género y categoría profesional, como de modo imperativo establece el precepto que, en este extremo, resulta infringido.



Debe, pues, estimarse el motivo del recurso analizado.

SÉPTIMO. Por último, la recurrente impugna determinados requisitos mínimos de solvencia técnica establecidos en el apartado 17 de cuadro resumen del PCAP, al considerar que infringen lo dispuesto en los artículos 90, 93 y 94 de la LCSP.

En concreto, centra su impugnación en el apartado 17.2, cuyo tenor es el siguiente: *“Caso de contratos de regulación armonizada, certificados relativos a normas de garantía de la calidad, o de gestión medioambiental, conforme a lo dispuesto en los artículos 93 Y 94 de La LCSP:*

Las empresas deberán tener los siguientes certificados de calidad y gestión medioambiental:

- ISO 9001:2015
- ISO 14001:2015
- ISO 18001:2007
- ISO 50001:2011”

Y aduce lo siguiente:

1. Que la redacción del apartado transcrito contraviene el artículo 93 de la LCSP, al no permitir justificar la disposición de certificados de calidad y medioambientales mediante otros instrumentos o medios de prueba equivalentes, sin que la mención del apartado del cuadro resumen del PCAP a los artículos 93 y 94 LCSP subsane su defectuosa redacción.
2. Que, además, es ilegal la exigencia de la certificación ISO 50001:2011, por cuanto no se indica en el pliego la concreta exigencia técnica que se satisface con tal certificación.
3. Que, a mayor abundamiento, también se infringe el artículo 75 LCSP pues, de la lectura del apartado 17.2 del cuadro resumen, no se deduce que se permita la integración de la solvencia con medios externos, exigiéndose que el licitador deba disponer de las indicadas certificaciones.

Frente a tales alegatos, opone el órgano de contratación que los pliegos se acomodan a los preceptos de la LCSP, sin que pueda prejuzgarse que no se cumplirá la ley.



Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. El apartado 17 del cuadro resumen del PCAP establece respecto a la solvencia técnica lo siguiente:

“Requisitos mínimos Solvencia técnica: Se acreditará mediante uno de los siguientes medios:

- La presentación de una relación de los principales servicios, vinculados con la prestación de gestión integral de servicios de alimentación, efectuados en los tres últimos ejercicios, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos; los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados de buena ejecución expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, y cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o a falta de dicho certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos que acrediten la realización de la prestación. Deberá acreditar un total de destinatarios públicos o privados no inferior a tres, acompañado de sus certificados correspondientes.*

17.1 Caso que sea distinta y en su caso, solvencia económica y financiera o técnica y profesional por lotes:

NO

PROCEDE.(...)

17.2 Caso de contratos de regulación armonizada, certificados relativos a normas de garantía de la calidad, o de

gestión medioambiental, conforme a lo dispuesto en los artículos 93 Y 94 de La LCSP:

Las empresas deberán tener los siguientes certificados de calidad y gestión medioambiental:

- ISO 9001:2015*
- ISO 14001:2015*
- ISO 18001:2007*
- ISO 50001:2011”*

Pues bien, lo primero que se observa es que el requisito mínimo de solvencia técnica que establece el PCAP consiste en certificados de servicios análogos, es decir, en lo que se conoce como experiencia empresarial. Aunque el apartado 17.2 del cuadro resumen señala los certificados de calidad y de gestión medioambiental allí expresados como otro requisito de solvencia técnica, en realidad tales certificados constituyen en contratos sujetos a regulación armonizada, como el examinado, un modo de acreditación del cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental a que se refiere el artículo



90.1 de la LCSP. No obstante, en el PCAP examinado no se describen ninguno de estos medios de solvencia técnica del artículo 90.

Lo expuesto, como señala la Resolución 687/2019, de 20 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, constituye *“la práctica incorrecta de algunos órganos de contratación consistente en que, en el PCAP, no se exige para acreditar la solvencia técnica unos concretos medios de los previstos, en el caso de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, en el artículo 90 en relación con el 92, ambos de la LCSP (...). Es decir, el PCAP no exige entre los concretos medios de solvencia para ejecutar la prestación del contrato ninguno de los previstos legalmente para acreditar que tiene instaurado un sistema de gestión de la calidad o de gestión medioambiental, ni tampoco se exige, adicionalmente, que ese sistema de medidas o sistemas de gestión de la calidad o de gestión medioambiental se ajusten a determinados sistemas de normas específicas determinadas por la LCSP, u otras equivalentes, o se aporten pruebas de medidas equivalentes.*

(...) Lo que suele hacerse indebidamente en la práctica es exigir el certificado correspondiente como medio de prueba de que el sistema de gestión de la calidad o de gestión medioambiental no exigidos de la licitadora cumplen determinadas normas u otros equivalentes. Es decir, no se exige el requisito material y que cumpla determinadas normas sino, el certificado de que lo no exigido cumple determinadas normas. Por tanto, estamos ante la exigencia de la prueba de algo no exigido previamente. No obstante, dicho lo anterior, sí podríamos entender que lo que en dicho PCAP se exige que se acredite mediante determinados certificados es que el sistema de gestión instaurado en la empresa cumple determinados requisitos establecidos en ciertos sistemas de normas.”.

En cualquier caso, tal práctica incorrecta del órgano de contratación no ha sido expresamente denunciada por la recurrente que solo centra su impugnación en tres argumentos:

- Que el PCAP no permite justificar la disposición de los certificados mediante otros instrumentos o medios de prueba equivalentes.
- Que no se indica la exigencia técnica que satisface la certificación ISO 50001:2011
- Que se infringe el artículo 75 de la LCSP al no permitirse la integración de la solvencia con medios externos.



Pues bien, la LCSP, dentro de la subsección relativa a *“Solvencia”* de la sección 2ª *“Acreditación de la capacidad para contratar”* del Capítulo II del Título II, se refiere en sus artículos 93 y 94 a la *“Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad”* y a la *“Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental”*, respectivamente.

Los citados preceptos habilitan a los órganos de contratación a exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad y/o de gestión medioambiental, señalando ambos preceptos legales que los citados órganos reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad y/o de gestión medioambiental que presenten los licitadores.

El apartado 17.2 del cuadro resumen del PCAP señala que *“las empresas deberán tener los siguientes certificados (...)”*, redacción cuya literalidad no permite dar entrada a certificados equivalentes u otras pruebas de medidas equivalentes en los términos previstos en los artículos 93 y 94 de la LCSP. No basta, pues, la mención a tales preceptos en el citado apartado 17.2 para concluir sin género de duda que, durante la licitación, la mesa de contratación vaya a admitir eventuales certificados o pruebas de medidas equivalentes a los certificados exigidos en el pliego. Por ello, dada la importancia de la solvencia en toda licitación como criterio de admisión de licitadores, los requisitos que sobre la misma establezcan los pliegos deben ser claros y precisos y no prestarse a interpretaciones diversas.

En el supuesto examinado, siendo taxativa la literalidad del apartado 17.2 en cuanto a que las empresas deben tener unos concretos certificados sin previsión de admisión de otros equivalentes, hemos de entender que el mismo infringe lo dispuesto en los antes citados artículos 93 y 94 de la LCSP.

Asimismo, debe darse razón a la recurrente cuando alega que no se concreta la exigencia técnica que satisface un concreto certificado, a saber, la certificación ISO 50001:2011; y si bien tal alegato sería extensible al resto de certificados, el principio de congruencia obliga a centrarnos solo en el referido, cuya elección no se justifica en el expediente, como obligadamente establece el artículo 116.4 c) de la LCSP al señalar que *“En el expediente se justificará adecuadamente: c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera (...)”*. Ahora bien, esta falta de concreción o justificación de la elección del certificado no determina por sí sola que sea ilegal su exigencia en esta licitación, ni puede este



Tribunal pronunciarse ahora sobre dicha cuestión al faltar el dato imprescindible de la justificación de la elección del certificado conforme al precepto legal citado. Procede, pues, estimar el argumento de la recurrente con esta consideración realizada.

Por último, la denunciada infracción del artículo 75 de La LCSP por exigirse al licitador disponer de los certificados sin posibilidad de integrar este requisito de solvencia con medios externos, no es algo que se deduzca con rotunda claridad del PCAP que, pese a la taxativa redacción del apartado 17.2 del cuadro resumen, en su cláusula 6 admite acudir a la solvencia de otras entidades para integrar la propia, sin que tal previsión de integración se excepcione en el apartado impugnado del cuadro resumen. No puede acogerse, pues, este alegato sobre vulneración del precepto legal citado.

En cualquier caso, la estimación de los otros dos alegatos esgrimidos frente al apartado 17.2 del cuadro resumen determinan que proceda la anulación del mismo.

Con base en todas las argumentaciones realizadas, procede la estimación del recurso con anulación de los pliegos impugnados, incluidos los actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de aquellos, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación; todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de elaboración de comidas para pacientes del Hospital La Merced del Área de Gestión Sanitaria de Osuna de Sevilla”, convocado por el Hospital Universitario Virgen del Rocío, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. P.A. 50/2019) y en consecuencia, anular los citados pliegos en los términos indicados en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.



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 el 8 de octubre de 2020.

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.

