

Recurso 120/2021

Resolución 261/2021

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

Sevilla, 1 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EMPRESA DE DIVERSIFICACIÓN INTEGRAL DEL ANDÉVALO, S.L.U.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio en las modalidades de dependencia y libre concurrencia en la ciudad de Ayamonte, por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada” (Expte. 843/2020), convocado por el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de febrero de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 13.071.240,00 euros. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 19 de febrero de 2021 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 18 de febrero de 2021.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. Previa aprobación por el órgano de contratación, el 18 de febrero de 2021, los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de la presente, fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante.

El 11 de marzo de de 2021, tuvo entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva, dirigido a dicho Órgano, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EMPRESA DE DIVERSIFICACIÓN INTEGRAL DEL ANDÉVALO, S.L.U. (en adelante EDIA) contra los pliegos. En su escrito de recurso, la recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación. Dicho escrito de recurso junto a alguna de la documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitido por el mencionado Tribunal de la Diputación de Huelva a este Órgano de revisión de decisiones en materia contractual teniendo entrada en su registro el 17 de marzo de 2021.

Por la Secretaría de este Tribunal el 18 de marzo de 2021 se solicita al órgano de contratación, el informe al recurso así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 22 de marzo de 2021.

El 30 de marzo de 2021 este Tribunal, mediante resolución, acuerda denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente. En concreto en el último párrafo del fundamento derecho tercero de la citada resolución se dispone lo siguiente: *«Pues bien, a la vista de lo alegado por las partes, este Tribunal considera que de acuerdo con las circunstancias expuestas por el órgano de contratación resulta imposible ignorar la exigencia de ejecución que presenta el interés público subyacente en la presente contratación y que se muestra en principio, de gran intensidad, debiendo prevalecer en la ponderación de los intereses concurrentes el interés general sobre el particular de la recurrente, dada la finalidad del contrato licitado y el colectivo al que esta dirigido, por lo que procede*



denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento, sin que ello suponga prejuzgar el fondo de la controversia objeto del recurso interpuesto, y sin perjuicio de los efectos sobre la licitación de una potencial estimación del recurso conforme a lo previsto en los artículos 42.1 y 57.2 de la LCSP y 36.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.».

Con fecha 15 de abril de 2021, 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 establecido.

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.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva) 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición



de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el 18 de febrero de 2021, los pliegos fueron puestos a disposición de las entidades interesadas en el perfil de contratante, por lo que el recurso presentado el 17 de marzo 2020 en el registro de este Tribunal, procedente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva, en el que fue presentado el citado recurso el 11 de marzo de 2021 dirigido a dicho Órgano, sin los requisitos exigidos en el artículo 51.3 de la LCSP, se ha interpuesto en principio fuera del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

En este sentido, en el supuesto examinado, del expediente de contratación remitido se constata que en ninguno de los anuncios de licitación publicados en el perfil de contratante, ni en la cláusula 37 «recursos» del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se dispone que el órgano de revisión de las decisiones en materia contractual sea este Tribunal.

Al respecto, sobre la indefensión causada a la recurrente con ocasión de este tipo de omisiones se ha pronunciado la jurisprudencia; en este sentido, la Sentencia de 18 de julio de 2012 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) indica lo siguiente: *«Ahora bien, ésta aseveración (la de que no cabe recurso en una determinada materia) ha sido matizada en relación con los casos en que la equivocada interposición de un recurso administrativo improcedente se ha debido a una errónea indicación u ofrecimiento del recurso por la propia Administración con ocasión de la notificación o publicación del acuerdo impugnado. En tales casos, la jurisprudencia puntualiza que la confusión o error en el ofrecimiento de recursos imputable a la Administración, no puede perjudicar al recurrente -SSTS de 19 de diciembre de 2008 (recurso de casación 6290/2004) y 14 de enero de 2010 (recurso de casación 6578/2005)-.»*

La jurisprudencia expuesta es extrapolable al presente supuesto, donde si bien se han indicado correctamente en la cláusula 37 del PCAP los recursos procedentes, se ha inducido a error a la recurrente respecto al órgano de revisión de las decisiones en materia contractual ante el que el recurso especial debe presentarse, no siendo admisible que resulte perjudicada ésta como consecuencia de la falta de diligencia o error de la Administración al realizar la publicación.



En definitiva, habiéndose publicado los pliegos en el perfil de contratante el 18 de febrero de 2021, el recurso especial presentado el 11 de marzo de 2021 por la recurrente en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación de Huelva, dirigido a dicho Órgano, debe entenderse interpuesto en plazo.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación en base a los motivos expuestos en el cuerpo del recurso.

Funda su pretensión en tres motivos:

1. La indebida exigencia como habilitación empresarial de estar en posesión de un certificado en sistemas de gestión de la seguridad de la información.
2. La configuración y desglose realizado del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato no cumplen las exigencias de la legislación de contratos.
3. El establecimiento de una cláusula de revisión de precios no permitida.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. Como se ha expuesto en el primer motivo del recurso, la recurrente denuncia la indebida exigencia como habilitación empresarial de estar en posesión de un certificado en sistemas de gestión de la seguridad de la información. En este sentido, señala que la cláusula 8.3.1 del PCAP exige que las entidades licitadoras deberán *«estar en posesión y en vigor de la certificación como empresa en Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información (ISO 27001 o Similar) cuyo alcance cubra los servicios objeto de la contratación así como cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.»*



Al respecto, tras reproducir el artículo 65.2 de la LCSP, manifiesta que la habilitación empresarial o profesional es uno de los requisitos que pueden ser exigidos por los pliegos de un contrato en orden a acreditar las condiciones de aptitud de las entidades licitadoras, pero tal exigencia debe ser interpretada restrictivamente, ya que puede tratarse de una barrera frente a la concurrencia. Asimismo, con cita del artículo 15 de la “Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, señala que dicho requisito no es exigido por la normativa sectorial de aplicación para poder prestarse el servicio de ayuda a domicilio.

Aduce la recurrente que los certificados de normas de garantía de calidad se encuentran regulados en los artículos 93 y 94 de la LCSP, dentro de la subsección 3ª -solvencia- de la sección 2ª del capítulo II del libro primero de la LCSP, de lo que se infiere que dichos certificados de normas de calidad, como el ISO 27001 o similar, podrían haberse requerido como solvencia, pero nunca como habilitación empresarial para acreditar la aptitud para contratar.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la recurrente desconoce que el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el esquema nacional de seguridad (ENS) en el ámbito de la Administración electrónica, dispone que el ENS es de obligado cumplimiento para cualquier organización de naturaleza privada que preste servicios o cualquier tipo de solución a los organismos públicos. Asimismo, señala que del tenor literal del artículo 65 de la LCSP, *«se infiere que las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad para contratar y que no pueden ser confundidas con los propios de exigencia de solvencia técnica o profesional»* y que el momento en el que hay que demostrar el cumplimiento de estos requisitos, según el artículo 140.4 de la LCSP, es a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas. También, por último, indica y reproduce varias consultas y respuestas respecto a la presente licitación publicadas en el perfil de contratante relacionadas con el ENS y con el certificado ISO 27001 o similar.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la cuestión, que se circunscribe a analizar la posibilidad de exigir en el supuesto que se examina determinada certificación de garantía de calidad o similar como habilitación empresarial o profesional.



Al respecto, dispone el artículo 65.2 de la LCSP lo siguiente: *«Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.»*

Respecto a la habilitación empresarial o profesional en la normativa contractual, se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones, por todas en las Resoluciones 105/2015, de 17 de marzo y 398/2015, de 17 de noviembre. En la primera de ellas, en la 105/2015, en lo que aquí interesa, se señalaba lo siguiente:

«El artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, permite en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, que cuando los candidatos o licitadores necesiten una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador les exija que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización.

En aplicación de dicho precepto comunitario, el artículo 54 del TRLCSP (condiciones de aptitud), tras la indicación de que los contratistas deberán contar con plena capacidad de obrar, ausencia de prohibiciones y solvencia (o bien Clasificación), en su apartado 2 añade *“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*. Del tenor literal del precepto, tal y como se ha matizado por la Juntas Consultivas, se infiere que las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad para contratar y que no pueden ser confundidas con los propios de exigencia de solvencia técnica o profesional.

Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó que *“La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP (actual 54.2 del TRLCSP), es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que*



podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 1/2009, entiende que esta habilitación se refiere “(...) *más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado (actual 54.2 del TRLCSP) es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.”.*

Todo lo anterior exige que deba plantearse con carácter general si es posible desde el punto de vista legal que los pliegos de cláusulas exijan requisitos de habilitación empresarial o profesional que vayan más allá de lo legalmente establecido. A este respecto conviene recordar que, como ya ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca como el primero la garantía de la libre de concurrencia. Ello, que aparece consagrado en nuestro TRLCSP, tiene su origen en las diferentes Directivas comunitarias, y, en lo que respecta al momento actual, en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo. Pues bien, partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas y la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisitos para poder contratar, sin embargo, en la medida de que estos requisitos constituyen una limitación al principio de libre concurrencia deben ser interpretados de forma restrictiva, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 8/2011, de 2 de febrero. En consecuencia, el citado



artículo 54.2 de TRLCSP debe ser interpretado de tal forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece.».

Lo expuesto anteriormente, aun cuando referido al artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es extensible a la normativa vigente, pues el contenido de dicho artículo es prácticamente idéntico al citado artículo 65.2 de la LCSP.

En consecuencia, de la doctrina reproducida y del contenido del artículo 65.2 de la LCSP, que debe ser interpretado de forma que la exigencia se ajuste al sentido literal de la norma que la establece, se infiere que la habilitación empresarial o profesional es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto, de tal suerte que lo que pretende el legislador al exigirla es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal.

En el supuesto que se examina, como se ha expuesto, el PCAP exige que las entidades licitadoras deberán *«estar en posesión y en vigor de la certificación como empresa en Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información (ISO 27001 o Similar) cuyo alcance cubra los servicios objeto de la contratación así como cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.»*.

Pues bien, tal certificación en Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información (SGSI), según la entidad recurrente, no es un requisito exigido por la normativa sectorial de aplicación para poder prestar el servicio de ayuda a domicilio. Por su parte, el órgano de contratación no manifiesta nada en contrario en relación a la citada normativa sectorial, simplemente afirma que la recurrente desconoce la normativa que regula el ENS en el ámbito de la Administración electrónica, que según indica, es de obligado cumplimiento para cualquier organización de naturaleza privada que preste servicios o cualquier tipo de solución a los organismos públicos. Sin embargo, en ningún momento señala en qué parte de la citada normativa se exige que para contratar con el sector público las entidades licitadoras hayan de estar certificadas en el SGSI como habilitación empresarial o profesional.

Por último, no es posible tampoco tener en cuenta lo expuesto por el órgano de contratación cuando en su informe al recurso indica y reproduce varias consultas y respuestas respecto a la presente licitación publicadas en el perfil de contratante relacionadas con el ENS y con el certificado ISO 27001 o similar,



pues las mismas en nada desvirtúan el hecho de que no es posible en la licitación que se examina exigir como habilitación empresarial o profesional el que las empresas deberán *«estar en posesión y en vigor de la certificación como empresa en Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información (ISO 27001 o Similar)»*.

Procede, pues, estimar en los términos expuesto el primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo motivo del recurso, la recurrente denuncia que la configuración y desglose realizado del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato no cumplen las exigencias de la legislación de contratos.

En este sentido indica, respecto al presupuesto base de licitación, tras reproducir el artículo 100.2 de la LCSP, que a la vista del contenido de la cláusula 4 del PCAP, que regula dicho presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, resulta palmario que el pliego no ha desglosado el citado presupuesto base conforme exige la normativa aplicable, puesto que no indica cuáles son los costes directos, indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

Asimismo señala, respecto al valor estimado del contrato, tras reproducir el artículo 101.2 de la LCSP, que la citada cláusula 4 del PCAP tampoco recoge los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

Pues bien, sobre la cuestión controvertida, relativa a la configuración y desglose del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, se ha pronunciado este Tribunal ya con la nueva LCSP en varias ocasiones, entre otras, en las Resoluciones 259/2019, de 9 de agosto, 323/2019, de 10 de octubre, 335/2019, de 18 de octubre, 352/2019, de 24 de octubre, 116/2020, de 21 de mayo, 218/2020, de 26 de junio y 77/2021, de 4 de marzo. En 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 objeto de controversia se recoge en la cláusula cuarta del PCAP que dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«El presupuesto base de licitación del contrato correspondiente a dos años asciende a CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS SESENTA EUROS (4.689.360,00 €), de principal, más CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO CON CUARENTA EUROS (187.574,40 euros), lo que hace un total de 4.876.934,40 euros.

La duración del contrato debe coincidir con la vigencia del Convenio de Colaboración suscrito entre la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y el Ayuntamiento de Ayamonte, de fecha 25 de octubre de 2019, que finaliza el 23 de octubre de 2023, por lo que la duración del mismo sería de dos años, prorrogable por tres años más, en función de la prórroga de la vigencia del referido convenio. La determinación del precio se hace bajo la modalidad de precios unitarios, referidos al número de horas a prestar y teniendo en cuenta el precio del SAD fijado por la Junta de Andalucía para tales servicios que actualmente es de 14,60 euros , IVA incluido. Esto supone para una estimación de 14,60 euros por hora IVA incluido, siendo 14,04 el principal y 0,56 de IVA, el siguiente valor estimado del servicio por anualidad incluidas las prórrogas: [consta cuadro donde se recoge por año el número de horas estimadas y el coste total en euros del servicio]».

Así las cosas, el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato configurados en la cláusula cuarta del PCAP no cumple las exigencias de los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, dado que no desglosa,



respecto del presupuesto base de licitación, los costes directos e indirectos, ni detalla otros eventuales gastos para su determinación; asimismo, al tratarse de un contrato en el que forma 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. Tampoco, respecto al valor estimado del contrato, se desglosan los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

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, es clara cuando impone y exige que sea el PCAP o el documento regulador de la licitación, en donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y en su caso los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional.

En el supuesto examinado, como se ha expuesto, en la cláusula cuarta del PCAP, es donde queda configurado el presupuesto base de licitación, en la que se contempla para la prestación del servicio fundamentalmente una cantidad global, incluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA), y la cantidad concerniente a dicho impuesto. Asimismo, para el valor estimado se consigna una cantidad global, IVA excluido.

En definitiva, queda claro 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 y expuestas ut supra, sin que sea posible entender cumplidas dichas exigencias con lo expresado en el PCAP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que *«La cláusula 4º del PCAP da satisfacción a las exigencias legales previstas en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, en contra de lo afirmado por la recurrente. El precio se calcula multiplicando el número de horas que se establezcan en el programa individual de atención por 14,60 €/hora del servicio de ayuda a domicilio. En dicho precio se entienden incluidos los gastos de personal, seguridad social, antigüedad, cobertura de vacaciones, absentismo laboral, costes operativos y beneficio industrial; conceptos necesarios para la correcta ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto*



del contrato así como el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes al que se remite la CLAUSULA VIGESIMOQUINTA.

Todos los datos relativos a estos gastos se publicaron como ANEXO I al pliego de prescripciones técnicas según los datos suministrados por la empresa ADL después de dos requerimientos, una vez constatado que los primeros datos facilitados por ADL en septiembre de 2020 eran incorrectos. En el expediente constan ambos documentos.».

Sin embargo, como se ha analizado anteriormente, ni el presupuesto base de licitación ni el valor estimado del contrato en la presente licitación se han configurado y desglosado como exigen los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, sin que sea suficiente entender cumplidos dichos artículos, como pretende el informe al recurso, con señalar simplemente que *«En dicho precio se entienden incluidos los gastos de personal, seguridad social, antigüedad, cobertura de vacaciones, absentismo laboral, costes operativos y beneficio industrial»*, pues la exigencia legal es que tanto el presupuesto base de licitación como el valor estimado del contrato se desglosen en los términos contenidos en los citados artículos.

Asimismo, en cuanto a la afirmación del informe al recurso de que *«Todos los datos relativos a estos gastos se publicaron como ANEXO I al pliego de prescripciones técnicas (...)»*, ello no se corresponde con la realidad, pues en el citado anexo I del PPT se indican los criterios de adjudicación. Así las cosas, puede que la referencia lo sea al anexo II del citado pliego, en el que se contiene la relación del personal al subrogar, en donde en lo que aquí pueda interesar se indica el salario bruto anual de cada uno de los miembros de dicha relación, sin que ese dato sea ni mínimamente suficiente para cumplir las exigencias en cuanto a desglose de costes previstas en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP. Además, como este Tribunal ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones, el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la ejecución de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos (v.g. Resoluciones 123/2017, de 9 de junio, 233/2018, de 2 de agosto, 335/2019, de 18 de octubre, 226/2020, de 2 de julio, y muy recientemente en la 197/2021, de 20 de mayo, entre otras muchas).

Por último, en el informe al recurso el órgano de contratación afirma que *«fue recabando y facilitando más información a través de la Plataforma de Contratación del Estado , sobre las condiciones de los contratos de trabajo para permitir una exacta evaluación de los costes laborales en la ejecución del contrato. Por ello, se fueron incorporando nuevos datos relativos a costes directos e indirectos que los interesados solicitaron por considerarlos*



relevantes para la presentación de sus oferta.», reproduciendo a continuación las preguntas y respuestas dadas, dos en total, en las que fundamentalmente en lo que aquí concierne se señala que «El coste aproximado en material para atender a la protección del covid-19 asciende a la cantidad de 4758,95 euros», gasto que podría ser uno de los que forma parte de alguno de los tipos de costes previstos en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, sin que de nuevo puedan entenderse cumplidos ambos artículos en cuanto al desglose del presupuesto base de licitación y del valor estimado se refiere.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, la cláusula cuarta del PCAP así como el anexo II del PPT, en los términos expresados vulneran los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso.

OCTAVO. En el tercero y último de los motivos del recurso, la recurrente denuncia el establecimiento en el PCAP de una cláusula de revisión de precios no permitida.

Al respecto, los pliegos hacen referencia a la revisión de precios en el PPT en su cláusula 15 que señala lo siguiente: *«No procede en principio la revisión de precios en el ámbito del contrato del Servicio de Ayuda a Domicilio como prestación básica de los Servicios Sociales Comunitarios del Ayuntamiento Ayamonte de Ayuda a Domicilio Municipal. No obstante, el precio del contrato del Servicio de Ayuda a Domicilio de la Dependencia será revisable atendiendo a las variaciones que fije la Administración de la Junta de Andalucía, mediante Resolución de la Consejería Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y en ejecución del Convenio de Colaboración suscrito entre dicha Consejería y el Ayuntamiento de Ayamonte, de fecha 25 de octubre de 2019, para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio.»*. Asimismo, el PCAP en su cláusula sexta indica que *«Las correspondientes revisiones del contrato, se realizarán atendiendo a las variaciones que fije la Administración de la Junta de Andalucía, mediante Resolución de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y en ejecución del Convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Ayamonte y dicha Consejería para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio.»*. Y por último, en el apartado 4 del cuadro resumen del citado PCAP se señala lo siguiente: *«Revisión de precios: Si. Sistema de revisión: por Resolución de Consejería»*.

Pues bien, en la presente licitación se establece una cláusula de revisión de precios, que operará cuando el precio del contrato que se licita sea revisable atendiendo a las variaciones que fije mediante resolución la



Consejería Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en ejecución del convenio de colaboración suscrito entre dicha Consejería y el Ayuntamiento de Ayamonte.

Al respecto, señala la recurrente que la revisión de precios solo puede establecerse para los contratos de obra, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, de suministro de energía y aquellos otros en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

En este sentido, indica la recurrente que aun cuando fuera posible la revisión de precios, su determinación no se ha llevado a cabo conforme a las exigencias legales que prescribe el artículo 103 de la LCSP, que debe ser respetado en todos sus términos, de tal forma que la revisión de precios debe efectuarse de la siguiente manera:

- a) En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo (artículo 103.3 de la LCSP).
- b) El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad (*ex* artículo 103.4 de la LCSP).
- c) La revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en cualquier caso, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización, de forma que el primer 20% ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión (artículo 103.5 de la LCSP).

Concluye la recurrente, por un lado, manifestando que atendiendo al contenido de la cláusula sexta del PCAP, resulta palmario que su configuración no respeta ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 103 de la LCSP, y por otro lado, que *«no puede confundirse la fuente de financiación del contrato (transferencias de la Junta de Andalucía a la Administración que licita) con una supuesta revisión de*



precios que, según circunstancias externas y sobrevenidas, pudiera alterar el precio inicialmente previsto. Dicho de otra forma, la relación entre el órgano de contratación y el contratista no pueden verse afectadas por la fuente financiera del contrato», por lo que resultaría procedente su anulación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que la cláusula sexta del PCAP se está refiriendo a una hipotética revisión de las condiciones del contrato una vez finalizada la vigencia del convenio de colaboración suscrito entre la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y el Ayuntamiento de Ayamonte. Asimismo indica que en el supuesto examinado sería de aplicación el artículo 102.6 de la LCSP (el informe al recurso hace referencia erróneamente al artículo 100.6), que dispone que cuando su naturaleza y objeto lo permitan, los contratos podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso.

Así las cosas, indica el órgano de contratación que por este motivo se dispone con precisión en la referida cláusula que las correspondientes revisiones del contrato, se realizarán atendiendo a las variaciones que fije la Administración de la Junta de Andalucía, en ejecución del Convenio de colaboración citado, lo que a su juicio resulta lógico puesto que se trata de un servicio financiado íntegramente por la Junta de Andalucía y si las aportaciones de ésta se suprimieran total o parcialmente, el Ayuntamiento de Ayamonte podría proceder, al no tener capacidad económica, a la modificación, a la baja, del presupuesto del contrato en el mismo porcentaje que corresponda a tal supresión.

Vistas las alegaciones de las partes procede su análisis. Al respecto, conforme a lo expuesto en los pliegos reproducidos ut supra, se infiere que la intención del redactor de los mismos era establecer un sistema de revisión de precios, dicha pretensión es clara y manifiesta en el apartado 4 del cuadro resumen del PCAP cuando señala lo siguiente: *«Revisión de precios: Si. Sistema de revisión: por Resolución de Consejería».*

Así las cosas, el instituto de la revisión de precios se regula en los artículos 103 a 105 de la LCSP. En concreto, en lo que aquí interesa, el artículo 103.5 de la LCSP dispone que *«Salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese*



ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios.».

En el supuesto examinado, en relación al alegato de la recurrente relativo a la “Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en el que afirma que *«la relación entre el órgano de contratación y el contratista no pueden verse afectadas por la fuente financiera del contrato»*, se le ha de dar la razón y ello por cuanto la primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado. Sin embargo, los precios de referencia que se fijen o puedan fijarse por la Consejería competente en materia de bienestar social sirven para determinar la financiación del servicio, pero no es el precio al que obligatoriamente tiene que atender el Ayuntamiento como órgano de contratación al fijar el precio del contrato de este servicio.

En este sentido, no es posible establecer un sistema de revisión de precios en función de la posible variación de ese precio de referencia, pues ello obedece a razones ajenas al propio contrato como es la financiación del servicio de ayuda a domicilio para lo cual se tienen en cuenta los citados precios de referencia y por tanto, no puede condicionarse el sistema de revisión de precios a la previsión de una futura modificación de la norma que establece la forma de financiar el citado servicio, al ser ésta una cuestión ajena al propio contrato que ha de tener un precio cierto (v.g. en sentido similar las Resoluciones 201/2014 y 204/2014, ambas de 29 de octubre).

Por otro lado, en cuanto a la alegación de la recurrente de que el sistema de revisión de precios previsto en los pliegos no respeta ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 103 de la LCSP, ha de darse asimismo la razón a la recurrente, pues además de lo expuesto en los párrafos anteriores, no se cumplen los requisitos para que opere la misma, entre otros, que el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización, de forma que el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.



Por su parte, el informe al recurso señala que los pliegos no se están refiriendo a la revisión de precios sino a una hipotética revisión de las condiciones del contrato una vez finalizada la vigencia del convenio de colaboración suscrito entre la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y el Ayuntamiento de Ayamonte, justificando la adopción de dicha revisión en el artículo 102.6 de la LCSP y en que una posible supresión total o parcial de la financiación, que es aportada íntegramente por la Junta de Andalucía, podría proceder a la modificación, a la baja, del presupuesto del contrato en el mismo porcentaje que corresponda a tal supresión, al no tener el Ayuntamiento capacidad económica para ello.

Pues bien, dicho artículo 102.6 de la LCSP indica que *«Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso.»*

De dicho artículo se infiere que únicamente sería de aplicación, esto es solo podrán incluirse cláusulas de variación de precios, en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado, en el que la finalidad perseguida con la cláusula que se analiza es la de permitir suprimir en todo o en parte la ejecución del contrato, en función de la potencial menor financiación de la que pueda el órgano de contratación disponer durante la vida del contrato.

No se podría, por tanto, dar la razón al órgano de contratación cuando para el establecimiento de la cláusula que se analiza se sustenta en el artículo 102.6 de la LCSP.

En definitiva, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el tercer motivo y con él el recurso interpuesto.

NOVENO. La corrección de las infracciones legales cometidas, que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho sexto a octavo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando los



actos impugnados, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

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 **EMPRESA DE DIVERSIFICACIÓN INTEGRAL DEL ANDÉVALO, S.L.U.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio en las modalidades de dependencia y libre concurrencia en la ciudad de Ayamonte, por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada” (Expte. 843/2020), convocado por el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva) y, en consecuencia, anular dichos actos en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse en su caso una nueva licitación.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. 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.

