Recurso 328/2021
Resolución 44/2022

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

Sevilla, 21 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de Limpieza de las sedes de los Órganos Judiciales de Huelva y Provincia y de la sede del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Huelva" (Expte. CONTR 2021 0000504674), promovido por la Delegación Territorial de Regeneración, Justicia y Administración Local en Huelva, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de junio de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 2.456.018,11 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo 18 de junio de 2021. Posteriormente, el día 23 de junio de 2021 se publicó en el perfil de contratante corrección del anexo I del pliego de prescripciones técnicas.

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. El 8 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (en adelante la recurrente o la asociación recurrente) contra los pliegos.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por resolución de 29 de julio de 2021 de este Tribunal, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la asociación recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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. Legitimación.

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 Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, 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 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en la 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 indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos que rigen la presente licitación y ello por entender que el presupuesto base de licitación es insuficiente para cubrir todas las exigencias de la prestación.

Al respecto, debemos indicar que en los estatutos de la asociación recurrente se establece como ámbito de actuación *«todas las actividades profesionales relacionadas con la prestación de servicios de limpieza de carácter*

profesional, industrial, multiservicios, edificios y locales y cualesquiera otros servicios conexos, su ámbito territorial abarca todo el territorio del Estado Español»; por otro lado entre sus fines se encuentra, conforme al artículo 4 de sus estatutos, *«La integración, representación, y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de su actividad empresarial»*.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo 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. Acto recurrible.

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. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 18 de junio de 2021, por lo que el recurso presentado el 8 de julio de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la asociación recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando que con estimación del mismo se *«acuerde la nulidad del PCAP con un presupuesto de licitación insuficiente, retrotrayendo las actuaciones para que el órgano de contratación fije un presupuesto de licitación ajustado a los precios de mercado.»*.

En síntesis afirma que el presupuesto base de licitación es insuficiente para cubrir todas las exigencias de la prestación. En este sentido, elabora un estudio económico partiendo según manifiesta de los datos recogidos en el apartado 2 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), donde se detallan el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato. Indica que en el dimensionamiento del servicio se parte de un total de 846,3 horas semanales de prestación de limpieza y la sustitución de vacaciones, por lo que excluyendo los 14 festivos anuales se alcanza un total 42.435,90 horas anuales de las cuales 38.808,90 horas corresponden al trabajo ordinario y 3.627 horas corresponden a la sustitución de vacaciones. Acto seguido, manifiesta que realiza un estudio económico alternativo con las tablas salariales que publica el pliego y su posible revisión que estima el mismo para los años de duración del contrato que le arroja *«una diferencia importante de 64.085,86 € (IVA incluido) y que si le excluimos el IVA, es una cantidad prácticamente superior al doble estimado del beneficio industrial esperado.»*.

Asimismo, señala la recurrente que *«Por otro lado existen unos costes no recogidos en la memoria de justificación de costes y que son prestaciones de ejecución que detalla el pliego, sin tener en cuenta su contabilización, expresamos cada uno de ellos:*
A) Absentismo: En el listado de subrogación publicado y copiado arriba detalla una tasa de absentismo del 15,55%.
B) Días de asuntos propios del Convenio. Plus de transporte.
C) Coste de consumibles (en su estudio considera un 2% de materiales químicos y amortización de maquinaria), sin tener en cuenta que debe suministrarse el jabón de manos, papel higiénico y toallitas seca manos o equipos de aire.
D) No se han tenido en cuenta el coste asociado a las mejoras solicitadas en los criterios automáticos, donde entre ellas existe una bolsa de 2.000 horas.
E) Colocación y mantenimiento mensual de contenedores higiénicos femeninos en todos los aseos destinados a uso femenino.
F) Desinfección Desinsectación y Desratización semestral en todos los edificios.
G) No se ha estimado la posible revisión de costes laborales del convenio para los dos años de prórroga (que para los licitadores es injustamente obligatoria según la LCSP).
- Cómo último punto, consideramos obligado recomendar dotar de un beneficio industrial aceptable, pues si bien destinar un 2,5% al Beneficio industrial, no se puede considerar motivo de falta de motivación, sí se presenta la realidad de que disminuya el interés empresarial para la gran mayoría de empresas del sector y discriminaría.».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso en lo que aquí interesa, señala que respecto a los datos de partida utilizados por la recurrente en su estudio económico alternativa han de hacerse las siguientes observaciones:

«◦ En el anuncio de licitación publicado el 18 de junio de 2021 había una discrepancia entre la tabla de distribución de horas que aparecía en el PCAP y las del PPT, siendo la correcta las del PCAP. Por ello, se realizó una corrección de errores el 23 de junio para hacer la tabla de distribución de horas del PPT igual a la que aparece en el PCAP, aunque esta es la que prevalece en caso de contradicciones entre los pliegos.
◦ La recurrente parte del dato de horas totales semanales del contrato que aparecen en la tabla del PPT que fue modificada, por un total de 846,3 horas semanales. Puntualizamos que dicha tabla aparece desde el principio en el PCAP con el dato de 796,3 horas semanales.
◦ Al utilizar el dato de 846,6 horas semanales y no el correcto de 796,3 horas semanales, lo cual supone una diferencia anual de 2.607,15 horas (50 horas semanales X 52,143 semanas por año), los cálculos de los costes laborales que realiza son erróneos y obviamente superiores a los calculados por el Órgano de Contratación para la licitación.».

Concluye el informe al recurso afirmando que por todo lo anteriormente expuesto entiende que el cálculo de los costes laborales recogido en los pliegos está sujeto a lo indicado al convenio laboral vigente y no está en contra de ninguna norma legal.

SEXTO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, analizados los alegatos esgrimidos por la asociación recurrente en su estudio económico alternativo, a juicio de este Tribunal, no se acredita que el presupuesto base de licitación previsto en los pliegos no sea adecuado a los precios de mercado, y ello en base a los siguientes argumentos:

a) Como expone el órgano de contratación, la asociación recurrente parte de un dato erróneo respecto a las horas totales semanales del contrato que aparecen en la tabla del pliego de prescripciones técnicas (PPT) (modificado el 23 de junio de 2021), por un total de 846,3 horas semanales, y no de las 796,3 horas semanales que desde el principio aparecen en el PCAP, y tras la modificación también en el PPT. En este sentido, el utilizar el dato de 846,3 horas semanales y no el correcto de 796,3 horas semanales, supone una diferencia anual de 2.607,15 horas (50 horas semanales X 52,143 semanas por año), por lo que los cálculos de los costes laborales que realiza la recurrente son erróneos y obviamente superiores a los calculados por el órgano de contratación para la presente licitación.

b) No es posible afirmar que el presupuesto previsto en los pliegos no recoja, además del plus de transporte los conceptos expuestos por la recurrente en su recurso (absentismo y días de asuntos propios), y ello por cuanto en el desglose del coste de personal previsto en el apartado 2 del anexo I del PCAP, se indica: *«Coste salarial (salario, pagas, pluses)»* y *«vacaciones y sustituciones»*, no pudiéndose afirmar sin más que los conceptos denunciados por la recurrente no estén integrados dentro de las partidas de coste citadas.

c) Tampoco puede entenderse que dentro del concepto de *«Material/útiles/amortizac. Maquinaria»*, no se encuentren integrados los costes puestos de manifiesto por la recurrente, tales como consumibles (jabón de manos, papel higiénico y toallitas seca manos o equipos de aire), colocación y mantenimiento mensual de contenedores higiénicos femeninos en todos los aseos destinados a uso femenino y desinfección, desinsectación y desratización.

d) En cuanto a la bolsa de horas, incluida como mejora dentro de los criterios de adjudicación, su coste por definición no puede formar parte del presupuesto base de licitación, pues se trata según especifica el pliego de una mejora que como tal no representa coste para la Administración.

e) Respecto a la denuncia de que no se ha estimado la posible revisión de costes laborales del convenio para los dos años de prórroga, es preciso indicar que la prórroga de hasta dos años es una posibilidad, no existiendo certeza de la misma ni de forma parcial ni total, ni tampoco de que los costes laborales para dicho período vayan o no a ser superiores a los del ejercicio inmediatamente anterior.

f) Aun cuando manifiesta la recurrente que destinar un 2,5% al beneficio industrial disminuye el interés para la gran mayoría de empresas del sector, en el supuesto que se examina a pesar de ser una licitación compleja por la dispersión geográfica de los edificios a limpiar y de un alto valor estimado, según manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso, se han presentado cuatro entidades licitadoras. En este sentido, no es posible afirmar que la licitación no sea atractiva empresarialmente. Que duda cabe que un mayor porcentaje de beneficio industrial podría hacer más atrayente la licitación pero no es menos cierto que la Administración, entre otras consideraciones, ha de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios.

Por último, la recurrente en su alegación segunda que denomina *«Otra visión de los costes»*, afirma lo siguiente: *«Visto de otra manera y teniendo en cuenta todo lo anterior donde dejamos claro las faltas y comparando con los cuadros en el Anexo I, hacemos otro estudio de costes detallado para proponer un nuevo PBL del contrato ya que es insuficiente para los diferentes conceptos en los que se ha desglosado vamos a seguir otra forma de que se dejen claras las diferencias en cada partida que pasamos a detallar (...)»*.

Acto seguido, el recurso vuelve a realizar un estudio económico en el que denuncia de nuevo las irregularidades que a su juicio se han cometido en el presupuesto base de licitación, introduciendo a su vez otros elementos para elaborar el que a su juicio debería ser el importe de la licitación. En este sentido, y en cuanto a lo expuesto anteriormente, indica la necesidad de estimar los costes en "epis" y reconocimientos médicos entendiendo que la partida 40 euros por persona trabajadora para la uniformidad es insuficiente. Asimismo entiende que los gastos generales en el sector en que nos movemos deberían ascender al 5%, y no al 0,8% como se recoge en el pliego, así como el margen de beneficio industrial que no cumple con lo marcado por la LCSP donde se dice un 6% como mínimo en obras.

Pues bien, como se ha expuesto anteriormente, la recurrente en su nuevo estudio económico alternativo (otra visión de los costes), a juicio de este Tribunal, no acredita que el presupuesto base de licitación previsto en los pliegos no sea adecuado a los precios de mercado. En este sentido, la recurrente vuelve a realizar un presupuesto paralelo al que realiza el órgano de contratación, que como se ha expuesto debe de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Así las cosas, no se acredita que la partida de 40 euros por persona trabajadora no sea suficiente para aquellos supuestos en los que la misma ha de desarrollar su jornada laboral por completo en la ejecución de los servicios que se licitan, asimismo en cuanto a los gastos generales y el beneficio industrial es necesario traer a colación la última conclusión del informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, toda vez que en la misma, se indica que los porcentajes previstos en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si el órgano de contratación los considera adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato que se licita puede aplicarlos, pero en modo alguno exige su aplicación como pretende la recurrente. En el caso que se examina, el órgano de contratación ha establecido tanto para los gastos generales como para el beneficio industrial otros porcentajes, sin que dicha actuación sin más conculque el mencionado artículo, ni tenga que justificarse tal actuación por parte del órgano de contratación.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en su Resolución 134/2021, de 8 de abril, en la que se indicaba que *«En efecto, el artículo 131 del RGLCAP citado por la recurrente, al regular el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación en el contrato de obras, prevé un porcentaje del 6 por 100 en 31 concepto de beneficio industrial del contratista. Pero nada dice el Reglamento para el resto de contratos y en concreto para el de servicios, como es el caso.»*. Asimismo, esa es la doctrina de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual, por todos, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 592/2019, de 30 de mayo.

En último extremo, la recurrente cuestiona la fórmula expresada en los pliegos para el reparto de los puntos dentro del criterio de aplicación automática oferta económica. En este sentido, señala que *«La fórmula que marca el criterio automático del precio en los pliegos crea mucha diferencia de puntos con respecto a la más baja. Teniendo en cuenta que ese criterio vale 50 puntos, la diferencia que genera es insalvable con el resto de criterios técnicos y automáticos. Esto hecho hace que no se cumpla con el principio de calidad-precio que marca la LCSP 9/2017.*
X = Max x (PL – Of) / (PL - OMB)
siendo,
PL= Presupuesto de Licitación (en euros)
Max= Puntuación máxima de la proposición económica
OMB= Oferta Más Baja (en euros)

Proponemos entonces, la aplicación de una fórmula inversa donde el resto de criterios sean decisorios para la propuesta de adjudicación entre los licitadores. Un ejemplo puede ser: P = 50 X OM/OF
OM= Oferta económica más baja.
OF= la oferta del licitador.
P= puntos obtenidos.».

Pues bien, ha de indicarse que los artículos 145 y 146 de la LCSP, donde se regulan los criterios de adjudicación, no se pronuncian sobre un método de valoración concreto en lo relativo al precio, por lo que todo órgano de contratación dispone, en principio, de un margen de libertad para decidir las fórmulas de valoración de la oferta económica. Quiere ello decir que no existen a priori fórmulas correctas o incorrectas, lo que exigirá un examen caso a caso de las circunstancias concurrentes para determinar si se han respetado o no los principios esenciales que deben regir en la materia, a saber, el de selección de la oferta económicamente más ventajosa, el de proporcionalidad, competencia efectiva, transparencia e igualdad consagrados en los artículos 1 y 145 del citada texto legal, circunstancias que concurren todas ellas en el supuesto que se examina, denunciando únicamente la recurrente que la fórmula que marca el criterio automático del precio en los pliegos crea mucha diferencia de puntos con respecto a la más baja.

Sin embargo, en la fórmula que propone la recurrente alguno de los principios anteriores se verían quebrantados. En efecto, en el supuesto que se examina los criterios sujetos a juicio de valor tienen un peso global de 30 puntos sobre 100, correspondiendo los 70 restantes a los criterios de evaluación automática (precio con 50 puntos y mejoras con 20). Si utilizamos la fórmula propuesta por la recurrente dicha ponderación del 30% y 70% se vería alterada, en mayor o menor medida dependiendo de si la oferta más económica se aleja más o menos del presupuesto base de licitación.

Así las cosas, de aplicar en el presente caso la fórmula propuesta por la recurrente, si la oferta más baja se sitúa en el 50% la oferta que iguale el presupuesto base de licitación, esto es que vaya al tipo, obtendría 25 puntos; si la más baja se sitúa en el 30%, a la que vaya al tipo se le asignarían 35 puntos, de tal suerte que en el supuesto de aplicar la fórmula recogida en el recurso, se alteraría la ponderación prevista pues en la práctica se le estaría dando más peso a los criterios sujetos a juicio de valor, otorgándose al órgano de contratación una libertad de decisión excesiva con vulneración de lo dispuesto en el artículo 145.5 b) de la LCSP.

En definitiva, si bien la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor y automáticos nominalmente se sitúa en el 30 y 70 por ciento, respectivamente, desde un punto de vista práctico dicha ponderación se vería alterada, de utilizar la fórmula propuesta en el recurso, en mayor medida para aquellas ofertas que se situaran más cerca del presupuesto base de licitación.

En consecuencia, con base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de Limpieza de las sedes de los Órganos

Judiciales de Huelva y Provincia y de la sede del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Huelva" (Expte. CONTR 2021 0000504674), promovido por la Delegación Territorial de Regeneración, Justicia y Administración Local en Huelva.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 29 de julio de 2021.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.