Recurso 396/2021
Resolución 66/2022

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

Sevilla, 28 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO CCOO EN MÁLAGA** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena" (Expte. 2019/19471X), convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de agosto 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 6.256.942,52 euros. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de agosto 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 2 de agosto 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. El 23 de agosto de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO CCOO EN MÁLAGA (en adelante la recurrente o la organización sindical recurrente) contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En su escrito de recurso, la recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación. Dicho escrito de recurso junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 25 de agosto y el 3 de septiembre de 2021.

Acto seguido, la Secretaría de este Órgano le comunica a la recurrente que el procedimiento de licitación se encuentra suspendido en virtud de la Resolución de medida cautelar 167/2021, de 27 de agosto, derivada de un recurso anterior interpuesto respecto al mismo procedimiento de contratación.

Por la Secretaría del Tribunal se 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. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de organización sindical 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, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.»*.

En el supuesto examinado, la recurrente afirma que el presupuesto de licitación fijado por el órgano de contratación no es suficiente en tanto que no garantiza el cumplimiento por parte de la entidad que resulte adjudicataria de sus obligaciones laborales y sociales.

Queda acreditado que la actuación impugnada repercute de manera clara en la esfera jurídica de las personas trabajadoras de la futura entidad adjudicataria, justificándose por tanto, a juicio de este Tribunal, el interés colectivo que representa la organización sindical recurrente en defensa de los derechos laborales afectados por la contratación proyectada.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y el PCAP en 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, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 1 de agosto de

2021 y el PCAP fue puesto a disposición de las personas interesadas en dicho perfil el 2 de agosto de 2021, por lo que el recurso presentado el 23 de agosto de 2021 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro de los plazos legales establecidos en el artículo 50.1 a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. 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. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio de licitación y el PCAP que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se proceda a anular *«la cláusula tercera Presupuesto Base de Licitación y el anuncio de licitación del contrato»*.

La recurrente en síntesis denuncia que el presupuesto de licitación fijado por el órgano de contratación no es suficiente en tanto que no garantiza el cumplimiento por parte de la entidad que resulte adjudicataria de sus obligaciones laborales y sociales. En este sentido, señala que el presupuesto base de licitación por importe de 2.607.059,38 € (IVA excluido), no cubre ni tan siquiera el coste laboral y de seguridad social exigible en este contrato, en virtud del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Asimismo, tras reproducir parte de los artículos 100 a 102 de la LCSP, indica que no existe previsión o estimación en el presupuesto de licitación del coste de sustituciones en caso de baja, generalmente por las cotizaciones a la seguridad social que se incrementan al mantenerse las de la persona trabajadora que pasa a la situación de incapacidad temporal y añadirse las de la persona sustituta, así como los mayores costes que suponen las sustituciones en caso de periodos de vacaciones para mantener el personal necesario para atender el servicio.

Acto seguido, afirma que *«Partiendo del desglose de Costes salariales según el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (...) y lo establecido en el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, se pueden deducir los costes de mano de obra considerando las 14 pagas establecidas, así como los demás costes necesarios para el normal funcionamiento del servicio:»*.

A continuación aporta un cuadro con tres columnas y varias filas que entre otras consideraciones recoge en las columnas el número de personas trabajadoras (68), los costes de personal (plantilla subrogable) e importe en euros, totalizando 1.230.577,80 euros, un número estimado de horas anuales de servicio (92.854) y un coste de personal por hora de 13,25 euros.

Tras lo cual, partiendo de los parámetros objetivos para considerar una oferta anormal o desproporcionada previstos en el pliego, manifiesta realizar un ejemplo con 10 licitadoras y finaliza afirmando que el contrato podría adjudicarse por 10,50 euros la hora.

En este sentido, concluye indicando que *«Es bastante obvio a la vista del análisis de los datos extraídos del propio Pliego de Condiciones Administrativas y Particulares que el precio/hora de adjudicación estaría por debajo del precio/hora resultante del desglose de los costes salariales. Teniendo en cuenta que si a ello hay sumar los costes indirectos (gastos de estructura), costes generales (vestuario, reconocimientos médicos, EPIS, beneficio industrial, así como las mejoras ofertadas por el licitador, resulta insuficiente el importe de adjudicación para garantizar los costes salariales como así dispone la Ley de Contratos del Sector Público.*

Este hecho invocado en el presente recurso no es controvertido, habida cuenta que la Consejería de Igualdad y Política Social de la Junta de Andalucía, administración que financia este Servicio de Ayuda a Domicilio de los usuarios que tienen reconocida la Ley de dependencia, ha establecido con efectos 1 de marzo de 2021, el precio/hora como mínimo, en 14,60 euros, financiación que perciben los Ayuntamientos y Diputaciones para hacer frente a los costes del servicio de la Dependencia (BOJA nº 42 de fecha 4 de marzo de 2021.

Dicho de otro modo, el importe de la posible adjudicación no permite que en la ejecución de este contrato se puedan abonar y reconocer a los trabajadores todos los conceptos laborales establecidos en el Convenio colectivo de aplicación, lo que no resulta aceptable.».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Indica que en el estudio económico financiero que obra junto a los pliegos se han tenido en cuenta los costes anuales tanto para cada auxiliar del servicio, como de la coordinación del servicio, y también se han tenido en cuenta los seguros sociales. Asimismo se han tenido en cuenta a la hora del cálculo del mismo las bajas que puedan surgir entre el personal a lo largo de la prestación del servicio, ello en el apartado "*Costes por absentismo*". Del mismo modo, se han valorado en dichos cálculos los desplazamientos que deben realizar las auxiliares para la realización de su servicio. Todo el cálculo del contrato se ha efectuado en base al número de horas anuales facilitado por la propia empresa.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

La cláusula 14 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), denominada presupuesto base de licitación, valor estimado y precio unitario del contrato, se remite al documento "estudio económico financiero" en el que por parte del órgano de contratación se hace un estudio de costes muy minucioso. En particular, y en lo que aquí interesa, dicho estudio se inicia calculando el número de personas trabajadoras (auxiliares de ayuda a domicilio) necesarias para ejecutar la prestación, partiendo de una estimación de horas anuales (92.845,17) que habría que realizar para cumplir con el servicio que se licita. Según el citado estudio, serían necesarias 53 auxiliares a jornada completa (52,9 según el estudio), más una persona coordinadora.

Pues bien, el estudio económico alternativo de la organización sindical recurrente parte, no de 54 personas trabajadoras (53 auxiliares más 1 coordinadora), sino de 68 personas trabajadoras que son las que conforman el listado de subrogación aportado por el órgano de contratación, asimilando en el supuesto que se examina el número total de personas trabajadoras contenidas en el listado de subrogación al número necesario para la prestación del servicio.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que 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 197/2021, de 20 de mayo, entre otras muchas.

En definitiva, dado que conforme a los pliegos el personal necesario para ejecutar la prestación son 54 personas trabajadoras (53 auxiliares más 1 coordinadora), circunstancias que la recurrente ni menciona, partiendo en su estudio económico alternativo de un total de 68 personas trabajadoras, a juicio de este Tribunal, en el recurso que se examina no se acredita que el presupuesto base de licitación previsto en los pliegos no sea adecuado a los precios de mercado.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el alegato analizado.

Además de lo expuesto, aun cuando no queda claro en el escrito de recurso, la recurrente parece cuestionar los parámetros objetivos para identificar las ofertas anormales o desproporcionada. En este sentido, afirma que partiendo de los parámetros establecidos en el pliego realiza un ejemplo con 10 licitadoras y finaliza afirmando que el contrato podría adjudicarse por 10,50 euros la hora.

Al respecto, el anexo 8.2 del PCAP indica lo siguiente: *«Se considerarán ofertas anormales o desproporcionadas, las que se prevén en el art. 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.»*. En dicho artículo, solo se utiliza como parámetro objetivo el precio.

En este sentido, y sobre la posibilidad de utilizar únicamente el precio como parámetro objetivo para identificar las ofertas anormales o desproporcionada, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en su Resolución 97/2021, de 18 de marzo, en la que se ponía de manifiesto que el hecho de que el PCAP solo haya atendido al criterio económico para determinar los parámetros objetivos de anormalidad no infringe el artículo 149.2 b) de la LCSP, pues, como señala el Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, cabe seleccionar los criterios de adjudicación que el órgano de contratación considere más apropiados, y si en el caso examinado ha estimado que solo debe ser el precio -criterio tradicionalmente utilizado para la fijación de los umbrales de anormalidad- ningún reproche cabe hacer; lo contrario sería obligar al poder adjudicador a considerar aspectos de la oferta que pudieran resultar irrelevantes a los efectos pretendidos, siendo a él a quien corresponde realizar esta apreciación.

Procede, pues, desestimar en los términos reproducidos 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 **UNIÓN PROVINCIAL DEL SINDICATO CCOO EN MÁLAGA** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena” (Expte. 2019/19471X), convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 27 de agosto 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.