Recurso 556/2021
Resolución 140/2022

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

Sevilla, 25 de febrero 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, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de limpieza de edificios del Ayuntamiento de Punta Umbría", (Expte. 5123/2021), promovido por el referido Ayuntamiento de Punta Umbría (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de noviembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 2.060.000,00 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 día.

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 13 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (en adelante ASPEL) contra los pliegos. En el referido escrito, entre otros extremos, se solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

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.

El 30 de diciembre de 2021 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la 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 46.1 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 Punta Umbría ha manifestado que no dispone de convenio suscrito u otro instrumento jurídico para la resolución del recurso con la Diputación Provincial de Huelva, por lo que, ha de interpretarse que no ha optado por la vía prevista en el artículo 46.4 de la LCSP y, en consecuencia, resulta competente este Tribunal.

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

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

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

En este sentido, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos y ello por entender que el presupuesto base de licitación establecido en los mismos resulta insuficiente para soportar los costes reales del contrato.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra los pliegos 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, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 24 de noviembre de 2021, por lo que el recurso presentado el 13 de diciembre de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 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 los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal 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.>>*

Denuncia la recurrente la vulneración de los artículos 100 y 101 de la LCSP por insuficiencia del presupuesto base de licitación para realizar la ejecución de la prestación. En este sentido, tras reproducir el apartado 2 del artículo 101 de la LCSP, sostiene el incumplimiento del convenio colectivo de aplicación, éste es el de limpieza de edificios y locales de Huelva (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Huelva de 24 de marzo de 2021) e indica que los medios materiales y otras obligaciones en los pliegos no están correctamente valoradas.

A partir de la información de subrogación del personal facilitada por el órgano de contratación, la recurrente realiza un análisis de los costes, aplicando el Convenio Colectivo referido. Para ello, explica que ha tenido en cuenta lo siguiente:

1-Una subida de Convenio del 1% para 2022. En concreto, indica que el Convenio se encuentra vigente hasta 2022, y que se considera un 0% el resto de años pese a que la subida media histórica es de un 1% anual.

2- Un porcentaje de costes de Seguridad Social de 33,5%.

3- Un porcentaje de absentismo del 0%, y un porcentaje de sustitución de vacaciones y asuntos propios del 0%, lo que en ningún caso se correspondería con una situación real de prestación del servicio.

A continuación, y una vez calculado un importe total de 514.366,67 euros en concepto de costes salariales en aplicación de los parámetros antes señalados, subraya lo siguiente:

"La diferencia entre los costes de personal y el presupuesto base de licitación publicado es de 2.533,31€ (sin IVA).
Este presupuesto restante imposibilita costear la compra de materiales, útiles, químicos, uniformidad y consumibles necesarios para la correcta ejecución del servicio.
No hemos añadido ni los costes asociados a gastos generales y ni el beneficio industrial. Estos gastos son estimados en la documentación publicada por el órgano de contratación en 24.520,48 €. "

ASPEL argumenta que el presupuesto base de licitación debe tener en cuenta los conceptos de costes directos, indirectos, gastos generales y beneficio industrial y que en el supuesto analizado tampoco están correctamente valorados los costes de medios materiales y otros gastos; por ello, resulta insuficiente, pues existe un desajuste del presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato por no estar correctamente configurados. De esta forma, entiende que se vulnera lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de la LCSP y se contraviene el principio de transparencia con grave perjuicio para las licitadoras, tanto en el momento de preparar y presentar sus ofertas -al no disponer de información necesaria para hacer una oferta adecuada- como durante la ejecución del contrato -ya que puede dar lugar a una inadecuada prestación del servicio que derive en la resolución del contrato-.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos de la recurrente y manifiesta que las alegaciones de ésta son parciales e interesadas, pues sostiene que el presupuesto base de licitación contempla el coste real del contrato.

Con respecto a los cálculos realizados por la recurrente en base a los datos facilitados por el Ayuntamiento para la subrogación, indica que, si bien se ha tenido en cuenta a todo el personal contratado a la fecha de la convocatoria de la licitación, lo cierto es que varios trabajadores son personal eventual, ya que, en esa fecha se ha ampliado el contrato vigente para la realización de una desinfección extraordinaria en los colegios del municipio. Por ello, argumenta que el coste salarial de esos trabajadores no formará parte del contrato en el ejercicio 2022.

De acuerdo con los cálculos realizados por el órgano de contratación en el informe al recurso, del importe señalado por la recurrente del coste estimado para el ejercicio 2022 (514.366,67 euros) hay que descontar el importe de 55.016,60 euros y, en consecuencia, el importe del coste total salarial ascendería a la cuantía de 459.350,07 euros.

Por último, concluye el órgano de contratación afirmando que vistos los costes salariales indicados, resulta evidente la viabilidad del contrato y que, en cuanto a las alegaciones relativas a costes directos e indirectos, gastos generales y beneficio industrial, se consignan en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y en el informe de valoración del expediente del siguiente modo *"Productos limpieza y otros materiales: 16.000,00 €, Uniformidad: 3.000,00 €, GG/BI: 24.520,48 €)."*

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

En síntesis, la recurrente fundamenta su argumentación en función del coste del personal sujeto a subrogación, para concluir que resulta insuficiente el presupuesto base de licitación y el órgano de contratación en su informe al recurso se centra en la idea de que no todo el personal relacionado en el anexo 2 -relación de trabajadores objeto de subrogación- del PCAP es necesario para desarrollar el objeto del contrato, es decir, la limpieza ordinaria de los diversos centros educativos.

Al respecto, procede acudir a lo dispuesto en la cláusula 7 del PCAP, denominada *"Valor estimado. Precio"* que establece lo siguiente:

"1 Método de Calculo del valor estimado. El método seguido para el cálculo del valor estimado del contrato viene determinado en el Informe Técnico incorporado al expediente.

2 De acuerdo con ello, y conforme al señalado estudio, el valor estimado del contrato para el presente procedimiento se establece en la cuantía de 2.060.000,00 €.
Desglose:
Valor estimado anual: 515.000,00 €
Valor estimado total (máximo contrato, 4 años): 2.060.000,00 €
IVA: 432.600,00 €
Presupuesto Base de Licitación: 2.492.600,00 €

3 Tipo de Licitación. el Tipo de Licitación que se ofertará a la baja por los Licitadores, queda fijado en el importe de 515.000,00 €, correspondiente al importe estimado anual (IVA excluido)."

A su vez, consta en el expediente el informe técnico en el que se determina el valor estimado del contrato, en el cuál se indica lo siguiente:

" Parámetros tenidos en cuenta (IVA excluido):
Precio medio Hora estimado: 11,67 €
Precio medio hora estimado contrato: 12,72€ (Contemplando + 9% de absentismo, bajas, vacaciones, otros, etc)
Horas totales Estimadas: 37.066 horas
De ahí (se incluye al presente Informe Anexo 1 con desglose y cálculo por centro):
A) Coste total hora trabajadores: 471.479,52 € (12,72 € x 37.066 h)
B) otros costes:
Productos limpieza y otros materiales: 16.000,00 €
Uniformidad: 3.000,00 €
C) GG/BI: 24.520,48 €
Total Valor estimado (A+B+C): 515.000,00 €"

Asimismo, consta en el expediente el informe sobre el número de horas totales estimadas de servicio, desglosadas por centros e instalaciones que constituyen el objeto del contrato, y que ascienden a un total de 37.066 horas.

Pues bien, llegados a este punto cobra pleno sentido la premisa principal de todo contrato público que es atender a las necesidades públicas cuya satisfacción corresponda a la esfera de competencia de cada poder adjudicador. En tal sentido, el artículo 28.1 de la LCSP dispone que *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

Estas necesidades pueden ser idénticas a las del contrato anterior o haber cambiado, sin que las mismas y por ende, el presupuesto para satisfacerlas deban estar vinculados a situaciones precedentes que no responden a la realidad actual que demanda el servicio. Así, en nuestra Resolución 50/2020, de 14 de febrero, señalábamos lo siguiente: *"*

> *(…) en cuanto al presente alegato en el que la confederación sindical recurrente afirma que existen diferencias en cuanto a las cuantías de los salarios, el número de personas trabajadoras y las categorías profesionales, entre la tabla donde aparece la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo y el cálculo de los costes de la prestación del servicio que figura en la memoria económica, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse al respecto, así entre otras en sus Resoluciones 233/2018, de 2 de agosto, 271/2018, de 28 de septiembre y 397/2019, de 22 de noviembre, en las que dispone que para la elaboración del presupuesto base de licitación se ha de tener en cuenta que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación 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. De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.*
>
> *En efecto, a la hora de fijarse el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior. En este sentido, una vez que opere la subrogación con la nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios"*.

Asimismo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 137/2019, de 11 de abril de 2019, ante la impugnación de los pliegos reguladores de un servicio de limpieza, señalaba lo siguiente:

"este Tribunal ha manifestado en anteriores Resoluciones que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar. Ambos conceptos no tienen que ser coincidentes y la prestación puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. El contratista mediante su política de recursos humanos puede incorporar nuevo personal o adscribir a otros servicios el subrogado. No se puede admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales pero no necesariamente de las horas ni del personal que se venían prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones".

En el mismo sentido, en nuestra Resolución 131/2020, de 28 de mayo, se indicaba que *"La doctrina expuesta impide, pues, acoger los motivos del recurso. Así pues, en el cálculo del presupuesto y valor estimado de contratos, como el aquí examinado, donde el factor humano es un elemento esencial, habrá que contemplar, conforme a lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes de la LCSP, los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación y no del personal que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior. No puede prosperar, pues, la denuncia realizada por la recurrente de insuficiencia del presupuesto basada en que habrá que reubicar en el nuevo contrato a cinco vigilantes con sentencias favorables que condenan a la actual adjudicataria del servicio a subrogarlos."*

Así las cosas, procede desestimar el presente recurso, pues este Tribunal considera que la fijación del presupuesto base de licitación se ajusta a las previsiones del artículo 100.2 de la LCSP al haberse determinado en atención al número de horas que el órgano de contratación estima adecuado para satisfacer sus necesidades, no pudiendo prosperar el alegato de la recurrente de insuficiencia del presupuesto fundamentado en el coste de la subrogación del personal.

Por último, respecto al alegato de incorrecta determinación de otros costes del contrato, cabe señalar que la recurrente se limita a manifestar que tales costes son inadecuados e inciden también en la insuficiencia del presupuesto, pero sin acreditar tales extremos; por lo que no pueden darse por válidas sin más tales afirmaciones para concluir que es insuficiente el presupuesto base de licitación, máxime teniendo en cuenta que el argumento principal sobre inadecuación de los costes de personal no puede prosperar por las razones antes expresadas.

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, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de limpieza de edificios del Ayuntamiento de Punta Umbría", (Expte. 5123/2021), promovido por el referido Ayuntamiento de Punta Umbría (Huelva).

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 30 de diciembre 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 personas 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.