

Recurso 97/2022
Resolución 221/2022

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

Sevilla, 8 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Baena» (Expte. SERV-02/2021), convocado por el Ayuntamiento de Baena (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de febrero de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 18 de febrero de 2022 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 10.080.402,86 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 17 de febrero de 2022.

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 10 de marzo de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) (en adelante la recurrente o la asociación recurrente) contra los pliegos. En el escrito de recurso se solicita, entre otras cuestiones, 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 tras reiteración fue recibido en este Órgano el 18 y el 25 de marzo de 2022, salvo el informe al recurso.

El 25 de marzo de 2022 este Tribunal, con ocasión de la interposición del recurso 79/2022 contra el mismo acto, adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, lo que se comunica a la asociación ahora recurrente el 29 de marzo de 2022.

Por último, el 28 de marzo de 2022, 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.

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 Baena (Córdoba) 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 la asociación empresarial 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.



Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos, y ello por entender que en aquel se incumplen algunos aspectos relacionados con el presupuesto base de licitación del contrato.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de la asociación recurrente su fin primordial es la representación, participación y defensa de sus asociados, en relación con todas las actividades empresariales en el sector de la atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

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 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 17 de febrero de 2022, por lo que el recurso presentado el 10 de marzo de 2022 en el registro del órgano de contratación, 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 proceda a *«anular y dejar sin efecto las disposiciones denunciadas y los documentos que las recogen, por la motivación expuesta, y consecuentemente, el propio procedimiento de contratación del cual forma parte. Ello con la finalidad de que el procedimiento de contratación se adecúe a las exigencias legales.»*.

Afirma la recurrente, en síntesis, que existe un error en la determinación del precio del contrato, lo que supondría la inviabilidad económica de la prestación del servicio conforme al precio fijado. En este sentido, señala que ha procedido a analizar el coste salarial de la prestación del servicio objeto de contratación, teniendo en cuenta el estudio de viabilidad publicado en el proceso de licitación, considerando el número de horas de prestación, descansos, desplazamientos, etc., resultando que el mismo a su juicio incurre en errores en el cálculo de los costes salariales que harían que el coste total por hora para los cinco (3+2) años del servicio, serían superiores a los 13,86 euros, impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, indicado en aquel. Basa sus afirmaciones en los siguientes argumentos:



a) Sobre que el estudio de viabilidad. No se encuentra ajustado a la realidad de los costes de mercado en el momento de elaborarse y aprobarse los pliegos. En este sentido, indica que dicho estudio se basa en otro de 4 de marzo de 2020 que se revisa y actualiza, hasta confluir en el definitivo que es de 11 de marzo de 2021. Sin embargo, el expediente de contratación se inicia el 2 de noviembre de 2021 y es aprobado, junto con los pliegos, el 27 de enero de 2022, esto es, prácticamente un año después del estudio de viabilidad, de tal forma que existe un importante desfase temporal entre la fecha del estudio económico y el momento de elaboración y aprobación de los pliegos, que tiene una importancia muy relevante, si consideramos que en el año 2021 se han dado importantes factores que afectan directamente y de forma sustancial a los costes salariales, y por tanto, al coste por hora, como son una subida del índice de precios al consumo (IPC) del 6,5% (la mayor subida de los últimos 30 años) y del SMI a 965,00. euros al mes, desde septiembre de 2021 y, ya desde enero de 2022 a 1000,00 euros a mes. En definitiva, como consecuencia de estos relevantes cambios en la coyuntura económica, el estudio de viabilidad no se encontraba ajustado a la realidad de los costes de mercado en el momento de elaborarse y aprobarse los pliegos.

b) Sobre los costes salariales de las personas auxiliares de ayuda a domicilio. Al respecto, señala el recurso que dichos costes no se desglosan por lo que se desconoce de dónde provienen o qué conceptos se han tenido en cuenta al objeto de su determinación; tan solo se indica previamente que se basan en el coste actualizado de la plantilla que ha realizado el servicio en el año 2020 y en el número de personas auxiliares conforme a la evolución prevista para los cinco años de duración del servicio, aplicando para las nuevas incorporaciones las tablas salariales del convenio de 2019. En este sentido, afirma que bajo estas premisas, en el recurso acredita que partiendo de las horas estimadas en el estudio de viabilidad y de la aplicación de las tablas salariales del 2019, para la categoría de auxiliar, existe una diferencia importante respecto a los costes previstos en el citado estudio de viabilidad. Dicha diferencia, según consta en el escrito de recurso, para el año 2021 es de 46.746,25 euros, que se irá incrementando si se le añaden los costes de antigüedad, si nos ceñimos al listado de subrogación sobre el que el órgano de contratación basa su estudio de viabilidad, lo que supondría un impacto aproximado del 5,5% sobre el total de los costes salariales de las personas auxiliares. A lo anterior, habría que sumarle el resto de costes asociados a la masa salarial de auxiliares, como es el caso del gasto de absentismo que se estima como un % sobre el coste salarial, por lo que esta partida también se vería incrementada.

En definitiva, *«Este impacto mínimo calculado del 5,5%, que insistimos, será mayor por lo anteriormente dicho con los criterios establecidos por el Órgano de Contratación con un Beneficio Industrial (BI) del 5%, no sería absorbible y haría inviable a nuestro modo de ver, el Contrato.»*.

c) Sobre la improcedencia de no contemplar subidas salariales durante los cinco años de duración del contrato. En este sentido, considera que la falta de previsión de dichos incrementos salariales, podría deberse al desajuste temporal del estudio de viabilidad, respecto de la fecha de aprobación de los pliegos. Así las cosas, afirma el recurso que dicho estudio es actualizado el 11 de marzo de 2021 y el expediente de contratación se aprueba el 27 de enero de 2022 (en el recurso se indica erróneamente el año 2021), cuando ya se conoce oficialmente el IPC del 2021 (6,5%) y los datos del producto interior bruto (PIB) estimativos (mayor del 2%) y que ello conllevaba una igual subida de las tablas salariales del convenio aplicable al servicio y, pese a ello, se aprueban con posterioridad los pliegos sin contemplar tal subida.

d) Sobre la falta de consideración de la subida del salario mínimo interprofesional (SMI) prevista. Al respecto, indica el recurso que el *«SMI antes del inicio de Expediente de Contratación ya se vio incrementado en septiembre a 965,00.-€ y ya había publicaciones considerando que en enero de 2.022 se incrementaría hasta alcanzar la cifra de 1000,00.-€ afectando a las Tablas Salariales 2.019. En el ESTUDIO se dice que "SERIA NECESARIO TENER PRESENTE*



ESTA CIRCUNSTANCIA". Es cierto que el SMI 2.022 se aprobó posterior a la aprobación del Expediente de Contratación, pero debería de haberse previsto.».

En este sentido, señala la recurrente que la subida del IPC y del SMI, cada una por su lado, afectan de forma directa a la masa salarial más importante de la licitación que son las personas auxiliares y, sin embargo, no se ha tenido en cuenta en el estudio de viabilidad, pues el mismo se realiza casi un año antes de la aprobación de los pliegos, encontrándose por tanto obsoleto y, en consecuencia, el presupuesto base de licitación y el precio fijado en los pliegos, no son adecuados a los costes de mercado existentes en la fecha de aprobación de estos, lo que determina la inviabilidad económica del contrato.

Concluye la recurrente afirmando que *«Conforme a lo expuesto y a nuestro entender no sólo habrían quedado acreditados los errores en que incurre el Órgano de Contratación, sino vinculado con ello, la insuficiencia de presupuesto en orden a ejecutar el servicio a contratarse, lo que al momento actual se torna inviable.».*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, en cuanto al informe al recurso del órgano de contratación, no consta en el expediente remitido que el mismo haya sido elaborado. Tal ausencia por parte dicho órgano de contratación de alegato alguno que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo y 537/2021, de 10 de diciembre, de este Tribunal, entre otras muchas).

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, conforme a lo alegado en el recurso, la recurrente para sostener que el presupuesto base de licitación es insuficiente para la ejecución del contrato se basa fundamentalmente en que el estudio económico de viabilidad elaborado por el órgano de contratación no se encontraba ajustado a la realidad de los costes de mercado, al existir un desfase de cerca de un año, entre el momento de su elaboración y el de aprobación de los pliegos. Asimismo, y en menor medida, sustenta su alegato en que a lo largo de los cinco años de duración del contrato los costes salariales de las personas auxiliares, por el complemento de antigüedad, lógicamente se verán incrementados. En ese sentido, señala que dichas eventualidades deberían de haberse previsto por parte del órgano de contratación.

Al respecto, si bien es cierto como afirma la recurrente que ha habido un desfase de cerca de un año desde la elaboración del estudio de viabilidad y la aprobación de los pliegos, a pesar de ello a juicio de este Tribunal el recurso no logra acreditar que el presupuesto base de licitación contenido en los pliegos sea inferior al precio de mercado en el momento de su elaboración.

Sobre el particular, el presupuesto base de licitación, y por ende el valor estimado del contrato, han de adecuarse a los precios de mercado en el momento de su elaboración por el órgano de contratación (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 400/2019, de 28 de noviembre, 50/2020, de 14 de febrero, 224/2020, de 2 de julio, 237/2020, de 9 de julio, 253/2021, de 24 de junio y 107/2022, de 11 de febrero). En este sentido, los órganos de contratación han de fijar el presupuesto base de licitación y contemplar en el mismo los costes laborales que resulten de aplicación conforme al convenio colectivo que rija en el momento de elaboración del citado presupuesto (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 226/2020, de 2 de julio y 503/2021, de 25 de noviembre). Así las cosas, en lo que aquí interesa y respecto de la determinación de cuál es el momento de la



elaboración del presupuesto base de licitación, el artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato. En el supuesto que se examina, dicho momento fue el 16 de febrero de 2022, día de publicación de la licitación en el perfil de contratante, por lo que como se ha expuesto ha de darse la razón a la recurrente cuando indica que ha habido un desfase de cerca de un año, entre el momento de su elaboración y de la publicación de la licitación.

Sin embargo, ello no desvirtúa ni enerva la afirmación de este Tribunal cuando señala que el recurso no logra acreditar que el presupuesto base de licitación contenido en los pliegos sea inferior al precio de mercado en el momento de su elaboración (16 de febrero de 2022). En efecto, para formular su alegato de inviabilidad del presupuesto base de licitación para la ejecución del contrato, la recurrente parte de la información aportada por el órgano de contratación sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, y a partir del listado del personal que allí aparece así como de sus costes, va elaborando su argumentación. Esto es, parte del personal al que afecta la subrogación y de los costes allí recogidos. Al respecto, 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 de este Tribunal 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 97/2021, de 20 de mayo, entre otras muchas). De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.

En efecto, a la hora de fijar 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.

En este sentido, no es posible admitir el alegato de la recurrente en el que para la elaboración del estudio económico que plantea, conforme al listado de subrogación proporcionado, parte de los costes derivados de la existencia de determinada antigüedad de las personas trabajadoras que allí aparecen, para afirmar que a lo largo de los cinco años de duración del contrato los costes salariales de las personas auxiliares por el complemento de antigüedad, lógicamente se verán incrementados en determinado porcentaje, pues como se ha expuesto 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 lo expuesto se infiere, el que pudiendo ser ciertos en parte los alegatos de la recurrente, en los que partiendo del listado de las personas a las que afecta la subrogación, llega a la conclusión de que existe una diferencia entre lo presupuestado en el estudio de viabilidad y lo elaborado en el recurso, ello no significa, teniendo en cuenta



todo lo analizado, que se haya acreditado que el presupuesto elaborado por el órgano de contratación no es adecuado a los precios de mercado.

En este sentido, sin negar parte de razón a la recurrente cuando indica la necesidad de prever la posible actualización del IPC y del SMI, a juicio de este Órgano, dicha previsión no puede establecerse en el presupuesto base de licitación, dado que al tratarse de cuestiones que escapan de la voluntad de las partes, su potencial actualización al alza o a la baja a lo largo de la ejecución del contrato podrían suponer un enriquecimiento injusto de la entidad adjudicataria o del órgano de contratación, existiendo mecanismo previstos en la normativa contractual para prever dichas eventualidades, tales como entre otras la modificación del contrato.

Por último, el hecho de que el órgano de contratación para la elaboración del presupuesto base de licitación parta del listado del personal al que afecta la subrogación, no significa necesariamente que el mismo sea incorrecto, siempre que cubra los costes derivados de la ejecución del contrato, incluyendo los procedentes para cubrir el coste salarial de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios, conforme a los requisitos exigidos en los pliegos

En definitiva, en virtud de las consideraciones anteriores, no queda acreditado por la asociación recurrente que el presupuesto base de licitación, y por ende el valor estimado del contrato, en el momento de su elaboración no sea adecuado a los precios de mercado.

Procede, pues, la desestimación en los términos analizados del 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 ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Baena» (Expte. SERV-02/2021), convocado por el Ayuntamiento de Baena (Córdoba).

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 25 de marzo de 2022.

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.

