Recurso 126/2022
Resolución 259/2022

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

Sevilla, 6 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de ayuda a domicilio que reconoce la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia» (Expte. 16/2022), convocado por el Ayuntamiento de Tomares (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de marzo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 18 de marzo 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 3.680.769,23 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 16 de marzo 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 6 de abril de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por el CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA) (en adelante la recurrente o la asociación recurrente) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). En el escrito de recurso 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 los días 8 y 25 de abril de 2022.

El 25 de abril de 2022 la Secretaría de este Tribunal comunica a la recurrente que el procedimiento de licitación se encuentra suspendido en virtud de la Resolución de medida cautelar 40/2022, de 20 de abril, adoptada en el recurso 121/2022, interpuesto contra el mismo acto y en el mismo procedimiento de contratación.

Por último, el 26 de abril 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 Tomares (Sevilla) 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 el PCAP, y ello por entender que en aquel se incumplen algunos aspectos relacionados con el presupuesto base de licitación y el valor estimado 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 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 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, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 16 de marzo de 2022, por lo que el recurso presentado el 6 de abril de 2022 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.

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 PCAP que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que *«que tenga por presentado RECURSO ESPECIAL contra la cláusula 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (presupuesto base de la licitación) para la contratación de servicios por el Ayuntamiento de Tomares en lo referido al presupuesto base de la licitación y valor estimado del contrato, cuyo desglose no consta en la memoria justificativa.»*.

La recurrente, tras poner de manifiesto que conforme al anexo I del PCAP el precio hora máximo es de 15,87 euros, impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, realiza un estudio económico de forma pormenorizada para indicar que *«los beneficios del servicio por partidas para el 2022, teniendo en cuenta que empezará el 1 de julio, hasta el 31 de diciembre, sin meter mejoras, ni financieros sería de sólo 4.163€, apenas 0,90% de los ingresos»*, por lo que la cláusula 3 del PCAP sobre el precio no es adecuada como exige el artículo 102 de la LCSP.

Acto seguido, afirma a modo de conclusión que *«En la licitación expresada no se cumple lo expuesto en el artículo 100 de la LCSP, por cuanto no se desglosa en el presupuesto base de licitación los costes directos e indirectos y otros gastos eventuales.*

Por otro lado, en el presupuesto base de licitación no aparece de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia (artículo 100.2 de la LCSP).
Existe una absoluta carencia de información sobre el valor estimado del contrato, vulnerándose la normativa expresada, siendo inviable la prestación del servicio.».

Por su parte, el informe al recurso del órgano de contratación, se opone a los argumentos de la recurrente señalando que el convenio colectivo de referencia no es el estatal, por el cual ha efectuado sus cálculos la recurrente, sino el provincial, concretamente el "V Convenio Colectivo Provincial de Ayuda a domicilio" y que en el presupuesto base de licitación, y así se específica en el PCAP y en la memoria justificativa, se han tenido en cuenta los precios habituales de mercado, más concretamente del servicio que actualmente se está llevando a cabo, con datos del ejercicio 2021. Asimismo, indica que en el PCAP se contiene la información del listado de personal a subrogar y en el resto de documentación que conforma el expediente, se puede obtener la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a lo que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, a la que obliga el artículo 130 LCSP, siendo la misma suficiente para la elaboración de las ofertas. Para reforzar sus alegaciones el informe al recurso trae a colación una profusa doctrina de varios de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Previa. *Prima facie* ha de ponerse de manifiesto que en el solicito del recurso, la recurrente únicamente requiere de este Tribunal que tenga por presentado recurso especial contra la cláusula 3 del PCAP en lo referido al presupuesto base de la licitación y valor estimado del contrato, cuyo desglose según señala no consta en la memoria justificativa, pero no insta de este Órgano ni su estimación, ni anulación alguna. No obstante, por el principio del *favor acti* del contenido del cuerpo del recurso se infiere que su pretensión es la de que se anule la cláusula 3 del mencionado PCAP, por los motivos que esgrime en su escrito de interposición.

2. Sobre las pretensiones formales del recurso. De lo expuesto por la recurrente se infiere que plantea pretensiones puramente formales: i) no se desglosa en el presupuesto base de licitación los costes directos e indirectos y otros gastos eventuales; ii) en el presupuesto base de licitación no aparece de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia; y iii) existe una absoluta carencia de información sobre el valor estimado del contrato. Y materiales: que el precio de licitación no es adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato.

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 tercera del PCAP que dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«El presupuesto máximo de licitación es el que figura en el Anexo I, en el que se indicará como partida independiente el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración. (…).

En caso de que el valor estimado del contrato, calculado conforme a las previsiones del artículo 101 de la LCSP, no coincida con el presupuesto de licitación, se hará constar tal circunstancia en el anexo I, motivándolo adecuadamente, donde igualmente se indicará si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada. El valor estimado del contrato ha sido tenido en cuenta para elegir el procedimiento de licitación aplicable a este contrato y la publicidad a la que va a someterse, y el método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado, que tendrá en cuenta los precios habituales del mercado. (…).».

Por su parte, el anexo I del PCAP en lo que respecta al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato establece lo siguiente:

«Presupuesto (PBL) de licitación (IVA excluido): 3.680.769,23 € En letra: tres millones seiscientos ochenta mil setecientos sesenta y nueve euros con veintitrés céntimos de euro.
IVA (4%): 147.230,77 €
Presupuesto de licitación Total: 3.828.000,00 €
Valor estimado: 3.680.769,23 € i. excluido
Valor estimado coincide con el importe total: Sí.
Método de cálculo del Valor Estimado: Se ha considerado los valores económicos de mercado que durante los últimos años ha gestionado el área de Bienestar Social, desglosando los costes directos e indirectos concretamente del ejercicio 2021, valorando otros gastos y los costes salariales con referencia al "V Convenio Colectivo Provincial de Ayuda a domicilio" ó el equivalente por razón territorial, desagregados por categoría profesional (en este caso). Se ha realizado el cálculo de los costes y niveles salariales del ejercicio 2021:
- Costes anuales Directos (8,55%): 75.632,65 €
- Costes anuales Indirectos (1,98 %): 17.486,91 €
- Costes anuales salariales: 767.453,94 € (86,77 %)
- No existe diferencia por razón de género.».

Así las cosas, el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato configurados en la cláusula tercera del PCAP no cumplen todas las exigencias de los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, dado que respecto del presupuesto base de licitación, aun cuando desglosa los costes en directos e indirectos, no detalla la existencia de otros eventuales gastos para su determinación; asimismo, al tratarse de un contrato en el que es relevante la mano de obra, formando parte del precio total de la prestación el coste de los salarios de las personas empleadas

para su ejecución, dicho pliego no indica de forma desglosada y con desagregación de categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, sí menciona que no hay diferencias salariales a nivel de género. Respecto al valor estimado del contrato, aun cuando se detalla en porcentaje el importe global de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, y los costes directos e indirectos, no se precisan cuáles son 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. Y el artículo 101.2 de la LCSP requiere, entre otras consideraciones, que en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de 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 definitiva, en el supuesto examinado, como se ha expuesto, queda claro que no se incorporan en el PCAP -o en el documento regulador de la licitación- las exigencias previstas en el artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP y expuestas ut supra, sin que sea posible entender cumplidas las mismas con lo expresado en el citado PCAP.

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

3. Sobre las pretensiones materiales del recurso, en las que se denuncia que el precio de licitación no es adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato. Al respecto, como se ha reproducido anteriormente, la recurrente tras realizar un estudio económico de forma pormenorizada afirma que *«los beneficios del servicio por partidas para el 2022, teniendo en cuenta que empezará el 1 de julio, hasta el 31 de diciembre, sin meter mejoras, ni financieros sería de sólo 4.163€, apenas 0,90% de los ingresos»*, por lo que la cláusula tercera del PCAP sobre el precio no es adecuada como exige el artículo 102 de la LCSP.

Pues bien, la estimación del anterior alegato, y con ello la anulación de los pliegos para que en su caso se proceda por el órgano de contratación a dar cumplimiento a lo establecido por los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, supone que en los nuevos que se aprueben, si así se considerase, se deberán reflejar, en el PCAP -o en el documento regulador de la licitación- para el presupuesto base de licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, así como los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, y para el valor estimado del contrato se han de tener en cuenta 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 figurar en el PCAP para su cálculo el método aplicado por el órgano de contratación.

En ese sentido, una vez aprobados en su caso los nuevos pliegos será cuando se pueda apreciar si el presupuesto base de licitación cubre los costes salariales, así como el resto de gastos en los términos que demanda la recurrente. En efecto, una vez que el órgano de contratación proceda a dar cumplimiento a lo establecido en lo que aquí interesa por los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP es posible que el presupuesto base de licitación, y en consecuencia el valor estimado del contrato, pueda variar ya sea al alza o a la baja, lo que unido al preceptivo desglose de aquellos, permitirá verificar en su caso lo ahora denunciado por la recurrente (v.g. Resoluciones,

231/2018, de 30 de julio, 99/2019, de 4 de abril y 323/2019, de 10 de octubre, de este Tribunal y, en sentido similar, Resolución 883/2018, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del primer motivo del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el PCAP que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **CÍRCULO EMPRESARIAL DE CUIDADOS A PERSONAS EN ANDALUCÍA (CECUA)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Prestación del servicio de ayuda a domicilio que reconoce la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia» (Expte. 16/2022), convocado por el Ayuntamiento de Tomares (Sevilla) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

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 20 de abril de 2022.

TERCERO. 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.

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.