

Recurso 167/2022
Resolución 285/2022

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

Sevilla, 27 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (AEESDAP)** contra el anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de dinamización de la piscina del polideportivo municipal del Ayuntamiento de Carboneras» (Expte. 680/2022), convocado por el Ayuntamiento de Carboneras (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de abril de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 8 de abril 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 413.944,05 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 7 de abril 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 29 de abril de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (en adelante la recurrente o la asociación recurrente) contra el anuncio y los pliegos. 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 5 y 11 de mayo de 2022.

El 13 de mayo de 2022 mediante resolución de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Por último, el 12 de mayo 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 Carboneras (Almería) 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 anuncio y los pliegos, y ello por entender que en aquellos se incumplen algunos aspectos relacionados con la solvencia, los criterios de adjudicación, el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de la asociación recurrente, entre sus fines están, de un lado, vigilar la neutralidad de la contratación pública, incluso mediando, solicitando, negociando o impugnando aquellas contrataciones que bajo su opinión no respondan a esta neutralidad o a la legalidad; y de otro, representar a sus asociados en la defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas.

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 el anuncio y 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, el anuncio de licitación y los pliegos fueron publicados en el perfil de contratante los días 6 y 7 de abril de 2022, por lo que el recurso presentado el 29 de abril de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de la asociación recurrente y del órgano de contratación.

1. Alegaciones de la asociación 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 los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo se *«declare la nulidad o, subsidiariamente, anule los citados documentos y el procedimiento de licitación del expediente de referencia»*.

1.1. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en los artículos 28, 63, 116 y 146 de la LCSP. La recurrente tras citar y reproducir en ese orden los artículos 63.3, 116.4, 28.1 y 146.2.b de la LCSP y 73 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, indica que a la fecha de presentación del presente recurso, el órgano de contratación no ha publicado la documentación relativa a la memoria justificativa del contrato, ni el informe justificativo de la necesidad de su realización, ni el de insuficiencia de medios, ni el acuerdo de aprobación del expediente, y atendiendo a la información publicada en los pliegos no queda acreditada como mínimo la justificación del apartado c) del artículo 116.4 de la LCSP, en lo relativo a la justificación de criterios de solvencia,



adjudicación ni condiciones especiales de ejecución, no existiendo tampoco constancia de la justificación de la elección de las fórmulas usadas para la valoración de los criterios de adjudicación automáticos.

A su juicio, la falta de estos elementos supone un incumplimiento de lo establecido en la LCSP y una total indefensión para las entidades licitadoras, en cuanto a que no pueden comprobar la existencia de vicios de nulidad en lo relativo a los elementos citados.

1.2. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en el artículo 145 de la LCSP. Afirma la recurrente que el órgano de contratación define los criterios de adjudicación designados en esta licitación en el anuncio, en la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y en la cláusula séptima del pliego de prescripciones técnicas (PPT), estableciendo un 50% de ponderación para el criterio precio. Asimismo, señala que conforme a lo previsto en la cláusula cuarta del PCAP, los costes laborales suponen aproximadamente el 80% del presupuesto, por lo que podemos considerar estos servicios como intensivos en mano de obra.

También manifiesta la recurrente, tras reproducir el artículo 145 de la LCSP, que nos encontramos ante un contrato de servicios de los especiales incluidos del anexo IV de la LCSP (*“nótese que los CPV 92000000 de Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos así como el 92610000 Servicios de explotación de instalaciones deportivas se encuentra dentro del listado de códigos CPV incluidos en el anexo IV – nótese el error del órgano de contratación al establecer este contrato como SARA incumpliendo lo establecido en el art. 22.c de la LCSP”*), a los que se refiere el artículo 145.4 cuando establece que en dichos servicios los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, encontrándonos también ante un contrato de servicios intensivos en mano de obra.

Por último, afirma que se ha establecido un criterio de adjudicación automático consistente en la ampliación en 1 o 2 cursos, respecto del mínimo exigido por el Ayuntamiento, otorgando 5 puntos por cada curso extra ofertado. Del mismo modo, se ha establecido un criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, donde, de manera indubitada, se pide a las entidades licitadoras que presenten una oferta cuantitativa y cualitativa sobre servicios que van a ser prestados, no existiendo referencia alguna al número de “cursos” mínimo exigido por el Ayuntamiento en ninguno de los documentos publicados, haciendo imposible la valoración del criterio por parte del órgano de contratación provocando una total indefensión a las licitadoras que no pueden formular su oferta de manera coherente sobre los mínimos exigidos.

1.3. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. Manifiesta la recurrente que el convenio referenciado por el órgano de contratación (Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de Instalaciones acuáticas) no es de aplicación en este sector (empresas y trabajadores que realizan su actividad en instalaciones municipales), por lo que difícilmente puede ser considerado como convenio sectorial de aplicación, incumpléndose así lo establecido en la LCSP. Asimismo, indica que el órgano de contratación no ha previsto en los pliegos como se establece el precio del contrato, si en relación a precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, si en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En este sentido, afirma que la concreción a dicha determinación aparece referida de manera errónea en el cuadro resumen del PCAP, dado que el artículo 101 de la LCSP se refiere al valor estimado del contrato. A su juicio, tampoco queda determinado el precio en las cláusulas 24.1 “Abonos al contratista” del PCAP o en la cláusula 13 “Forma de pago al adjudicatario” del PPT. Al respecto, denuncia la recurrente que:



«• No sabemos si los costes laborales son precio, por lo que no podemos determinar la obligación de desglosar los costes salariales en base al convenio colectivo de referencia.

• Los licitadores no saben cual es el precio del contrato puesto que no saben si van a cobrar el importe total de su oferta económica, independientemente de la oferta y el volumen de actividades que hagan y del grado de ejecución final de los servicios en base a la demanda real que haya, o si recibirán un precio por hora efectivamente ejecutada, es decir, teniendo en cuenta las horas efectivamente trabajadas».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en los artículos 28, 63, 116 y 146 de la LCSP. Señala el informe al recurso que desde un punto de vista formal, efectivamente, que comprobada la publicación en el perfil de contratante, los documentos referentes a la memoria justificativa, informe de insuficiencia de medios y acuerdo de aprobación del expediente, constan publicados en fecha 4 de mayo de 2022.

2.2. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en el artículo 145 de la LCSP. Afirma el informe al recurso que, efectivamente, se puede considerar que el contrato supone un servicio intensivo de mano de obra y que los CPVs previstos en el PCAP (92000000-1 Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos y 92610000-0 Servicios de explotación de instalaciones deportivas), se encuentran recogidos en el anexo IV de la LCSP y, por tanto, es de aplicación lo previsto en el artículo 145.4 de la citada ley. Por último, respecto al criterio de valoración de las mejoras, efectivamente, si no se ha indicado el número de cursos requeridos por el Ayuntamiento, no será posible efectuar una valoración de las mejoras presentadas por la entidad licitadora, ya que éste no cuenta con una referencia para poder efectuar su oferta con total conocimiento y posibilidad de organización del servicio.

2.3. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. Indica que en cuanto al Convenio Colectivo de aplicación, no lo sería el previsto en los pliegos pero ya no solo porque se trate de una instalación municipal, sino porque se refiere a los servicios de mantenimiento, cuando el objeto del presente contrato es la docencia de actividades deportivas, servicio de salvamento y socorrismo, servicios de recepción, control de accesos y administración.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en los artículos 28, 63, 116 y 146 de la LCSP. Como se ha expuesto, denuncia la recurrente que el órgano de contratación no ha publicado la documentación relativa a la memoria justificativa del contrato, ni el informe sobre la necesidad de su realización, ni el de insuficiencia de medios, ni el acuerdo de aprobación del expediente, y atendiendo a la información publicada en los pliegos no queda acreditada como mínimo la justificación del apartado c) del artículo 116.4 de la LCSP. Por su parte, el informe al recurso confirma la denuncia la recurrente y afirma que parte de dichos documentos fueron publicados en el perfil de contratante el 4 de mayo de 2022, días después de la interposición del recurso que se examina.

Pues bien, en lo que aquí interesa, el apartado a) del artículo 63.3 de la LCSP dispone que «3. En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:

a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del



abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.».

Así las cosas, la citada norma exige la publicación en el perfil de contratante, entre otra documentación, de la memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios y la aprobación del expediente, documentos que constan publicados en dicho perfil el 4 de mayo de 2022 después de la interposición del recurso. Dicha publicación supone una aceptación extraprocesal de parte de las pretensiones de la recurrente, lo que implica que sobre las mismas se haya producido una pérdida sobrevenida de su objeto.

Respecto, a la pretensión de la recurrente de la exigencia de publicar en el perfil de contratante el denominado por la recurrente informe justificativo de la necesidad de la realización del contrato, que no es más que la memoria justificativa del contrato que como se ha expuesto el artículo 63 de la LCSP exige su publicación con el contenido, entre otras cuestiones, de lo dispuesto en el artículo 28 de la citada LCSP, que establece la exigencia de que se deje constancia de la necesidad de la realización del contrato en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. En este sentido, como ha quedado indicado en el apartado anterior, la citada memoria justificativa del contrato fue publicada en el perfil de contratante el 4 de mayo de 2022 después de la interposición del recurso. Dicha publicación supone una aceptación extraprocesal de parte de las pretensiones de la recurrente, lo que implica que sobre las mismas se haya producido una pérdida sobrevenida de su objeto.

Por último, en cuanto a la denuncia de la recurrente de que conforme a la información publicada en los pliegos no queda acreditada como mínimo la justificación del apartado c) del artículo 116.4 de la LCSP, ha de reproducirse el mismo, que dice así: *«4. En el expediente se justificará adecuadamente:*

c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo». Al no constar en el expediente la justificación adecuada de los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, ni de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, y ni las condiciones especiales de ejecución del mismo, la pretensión que se examina debe ser estimada.

2. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en el artículo 145 de la LCSP. El órgano de contratación en su informe al recurso se allana por completo a las pretensiones de la recurrente. En este sentido, se constata que el servicio que se licita se incardina dentro de los previstos en el anexo IV de la LCSP, por lo que le sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP, que dispone que *«En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146»*, lo que no se cumple en el supuesto que se examina, por lo que dicha pretensión ha de ser estimada.

Por último, también debe estimarse la pretensión de la recurrente de la ausencia del número de cursos que debe actuar como límite en determinadas mejoras previstas como criterio de adjudicación, circunstancia que también ha sido constatada por este Órgano, debiendo por tanto estimarse asimismo dicha pretensión.

3. Sobre la infracción e incumplimiento de lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. En cuanto al convenio colectivo de aplicación previsto en los pliegos, el informe al recurso se aquietta a la pretensión de la recurrente al reconocer que no es de aplicación al supuesto que se examina, circunstancia que este Tribunal ha podido constatar, por lo que aquella debe estimarse.



Por último, denuncia la recurrente que no se ha establecido en los pliegos el sistema de determinación del precio. Al respecto, en lo que aquí interesa, dispone el artículo 309.1 de la LCSP lo siguiente: *«El pliego de cláusulas administrativas establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades».*

Pues bien, en los pliegos en cuanto al sistema de determinación del precio solo consta en el apartado D del cuadro resumen del PCAP lo siguiente: *«Sistema de determinación del precio: Artículo 101.2 LCSP».* Sobre el particular, ha de ponerse de manifiesto que el artículo 101. 2 de la LCSP, no tiene absolutamente nada que ver con el sistema de determinación del precio, que como se ha expuesto para los contratos de servicios se regula en el citado artículo 309 de la LCSP, por lo que procede también estimar esta pretensión del recurso.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas procede estimar parcialmente el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otros documentos, rigen 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 la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE SERVICIOS DEPORTIVOS A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (AEESDAP)** contra el anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de dinamización de la piscina del polideportivo municipal del Ayuntamiento de Carboneras» (Expte. 680/2022), convocado por el Ayuntamiento de Carboneras (Almería) 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, salvo en el alegato relativo a la falta de publicación en el perfil de contratante de determinada documentación, respecto del cual se ha producido la pérdida sobrevenida de su objeto, en los términos expuestos en el apartado primero del fundamento de derecho sexto de la presente 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 13 de mayo 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.

