Recurso 171/2022
Resolución 300/2022

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

Sevilla, 3 de junio de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado "Concesión de servicios de residencia municipal de la tercera edad y unidad de estancias diurnas de Fuente Tójar (Córdoba)", promovido por el Ayuntamiento de Fuente Tójar (Córdoba) (Expte. GEX 1934/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de abril de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil.

El valor estimado del contrato asciende a 4.065.037,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 4 de mayo de 2022, la entidad INEPRODES SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS, S.L. (INEPRODES, en adelante) presentó en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la contratación referenciada.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que posteriormente fue recibida en este Tribunal.

El 13 de mayo de 2022, este Tribunal acordó, a solicitud de la entidad recurrente, la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

No se ha practicado el trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento, habida cuenta que no se ha presentado ninguna oferta a la licitación, según manifiesta el órgano de contratación en su informe al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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 Fuente Tójar (Córdoba) no ha manifestado que disponga de órgano propio -o a través de la Diputación Provincial respectiva- para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal documentación para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.

En el cuerpo del recurso, INEPRODES aduce que el servicio regulado en los pliegos podría suponer unos costes que no se hallan cubiertos por el presupuesto asignado a la contratación, e incluso podrían ser superiores a los ingresos. Queda, pues, justificado el interés legítimo que ostenta para impugnar los pliegos, pues una eventual estimación del recurso permitiría remover los obstáculos que han dificultado y/o impedido su participación en la licitación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato calificado en los pliegos como concesión de servicios, cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 8 de abril de 2021, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado, el 4 de mayo de 2022, en el registro electrónico de este Tribunal se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente

INEPRODES solicita la anulación de los pliegos que rigen el contrato y funda esta pretensión en los siguientes motivos:

1. No se ha facilitado en los pliegos *"el listado de subrogación del personal"* de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP.
2. Tampoco se ha aportado el estudio económico correspondiente.
3. No se ha concretado el número de servicios de cada modalidad para poder obtener los puntos indicados en el criterio de adjudicación de evaluación automática *"Servicios adicionales, sin coste para el usuario (máximo 5 puntos):*

- *Peluquería: 1 punto.*
- *Acompañamiento a hospitales y consultas: 2 puntos.*
- *Podología: 1 punto.*
- *Otros servicios (odontología, manicura,…): 1 punto*".

Concluye, pues, que es imposible hacer los cálculos adecuados para licitar, salvo la empresa actualmente adjudicataria y que, por tanto, tampoco se cuantifican económicamente las mejoras.

2. Alegaciones del órgano de contratación

Se alza frente a los argumentos del recurso esgrimiendo lo siguiente:

1. El listado de la plantilla a subrogar, en el que se recogen los puestos de trabajo y la jornada, aparece recogido en el apartado 7.3.1 "Gastos de personal" del plan de viabilidad económico-financiera, donde se analiza la estructura de la plantilla actual y se indica el coste actual y el previsto en base a la información aportada por la actual empresa concesionaria. Y añade que *"la información sobre el listado de subrogación del personal puede vulnerar aspectos confidenciales, derivados de la posibilidad de que perjudiquen intereses legítimos a la competencia leal entre empresas, entendiendo que dicha documentación puede afectar a secretos técnicos de la actual concesionaria, en este caso, en lo que respecta a su articulación de medios humanos, más aún teniendo en cuenta que estos son una variable fundamental en su gestión al tratarse de una empresa de servicios".*

2. El estudio económico se recoge en el plan de viabilidad económico-financiera, que forma parte del expediente de contratación y fue expuesto al público mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, sin que se realizaran alegaciones al mismo por la recurrente. Para dicho estudio se ha tenido en cuenta (i) el VII convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio) aprobado por Resolución, de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo y (ii) la ratio que establece la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales que es de obligado cumplimiento por las empresas del sector.

Concluye, pues, que la información y documentación aportada en el expediente de contratación es suficiente y no supone un impedimento para el cálculo del coste económico del servicio.

3. El criterio de adjudicación impugnado valora la prestación del servicio y no su cantidad *«y, así es como se expresa en el Pliego al hablar de "peluquería", "acompañamiento", "podología", no obstante, respecto al apartado "Otros servicios(odontología, manicura,…)", que puede dar lugar a confusión, ya también se aclaró en la res- puesta dada en la Plataforma que se habían puesto a título de ejemplo. Por lo que se entiende que los servicios sí están concretados y son cuantificables de manera automática."*

4. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se recoge expresamente que la actual empresa concesionaria no puede presentar oferta a esta licitación *"por lo que, no se ha actuado con mala fe en pro de favorecerla en la adjudicación del contrato".*

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

En el primer motivo del recurso, INEPRODES esgrime que no se ha facilitado en los pliegos *"el listado de subrogación del personal"* de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, a lo que opone el órgano de contratación que el citado listado, donde se recogen los puestos de trabajo y la jornada, está recogido en el apartado 7.3.1 "Gastos de personal" del plan de viabilidad económico-financiera, donde se analiza la estructura de la plantilla actual y se indica el coste actual y el previsto en base a la información aportada por la actual empresa concesionaria.

Pues bien, el artículo 130.1 de la LCSP dispone que *«Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.» (el subrayado es nuestro).

Queda claro, a la luz del precepto legal, que la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el contenido mínimo legal previsto en la citada norma ha de incluirse en los pliegos; es decir, al tratarse de información necesaria para la preparación de las ofertas, el legislador ha querido que la misma se incorpore a los propios pliegos para que todos los licitadores puedan conocerla y evaluar los costes laborales que supondrá la medida de subrogación.

No es suficiente con que, en el plan de viabilidad económico-financiera de la concesión -que además no aparece publicado en el perfil con el resto de la documentación de la contratación-, el órgano de contratación haga referencia a los gastos de personal con indicación de la estructura de la actual plantilla y el coste actual que

supone, pues ni tal información es suficiente a los efectos del artículo 130 de la LCSP, ni el documento en que se incluye es el pliego como exige el precepto legal.

Asimismo, no pueden acogerse las afirmaciones del órgano de contratación relativas a que la información sobre el listado del personal a subrogar puede vulnerar aspectos confidenciales y afectar a secretos técnicos de la actual concesionaria en lo que respecta a su articulación de medios humanos. Los términos del artículo 130 de la LCSP son claros y no admiten excepción, pudiendo cumplirse el precepto sin tener que aportar datos personales de los trabajadores. Además, tampoco acredita el órgano de contratación qué secretos técnicos o comerciales de la adjudicataria actual podrían verse afectados si facilitara la información exigida legalmente.

Procede, pues, estimar este primer motivo del recuso.

En un segundo motivo, la recurrente esgrime que no se ha aportado el estudio económico correspondiente, a lo que responde el órgano de contratación que dicho estudio se recoge en el plan de viabilidad económico-financiera que forma parte del expediente de contratación y fue expuesto al público mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, sin que se realizaran alegaciones al mismo por la recurrente.

Pues bien, el alegato de INEPRODES es escueto. Solo aduce que no se ha aportado el estudio económico al expediente de contratación, lo que niega el Ayuntamiento al sostener que dicho estudio forma parte del plan de viabilidad que conforma el expediente contractual.

No es objeto de discusión, pues, que el estudio económico debe formar parte del expediente. La cuestión que suscita debate es si, en efecto, dicho estudio ha sido incorporado al expediente de contratación como parte integrante del plan de viabilidad. Y tal documento material no obra en el expediente remitido por el órgano de contratación. En el mismo se contienen referencias, de un lado, a la exposición pública del plan de viabilidad económica-financiera a través del Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba y del tablón de edictos electrónico del Ayuntamiento de Fuente Tójar y, de otro, a su aprobación por la citada Corporación Municipal; pero el documento físico no aparece materialmente incorporado al expediente como parte integrante del mismo.

El artículo 285.2 de la LCSP prevé el estudio de viabilidad económico-financiera como una actuación preparatoria del contrato de concesión de servicios. Al respecto, establece lo siguiente: *"En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras".*

Parece, pues, lógico que, siendo dicho estudio de viabilidad una actuación preparatoria del contrato de concesión de servicios, el documento en cuestión forme parte del expediente de contratación y, en su caso, se publique en el perfil dada su transcendencia, a la hora de preparar las proposiciones, para los empresarios interesados en participar en la licitación.

En el sentido expuesto, procede acoger el motivo del recurso.

En el tercer motivo del escrito de impugnación, INEPRODES impugna el criterio de evaluación automática ponderado con un máximo de cinco puntos, consistente en *"Servicios adicionales, sin coste para el usuario (máximo 5 puntos):*

- *Peluquería: 1 punto.*
- *Acompañamiento a hospitales y consultas: 2 puntos.*
- *Podología: 1 punto.*
- *Otros servicios (odontología, manicura,…): 1 punto".*

La recurrente esgrime que es imposible hacer los cálculos para la presentación de la oferta puesto que no se concreta el número de servicios, oponiendo el órgano de contratación que se valora el hecho de que se preste el servicio y no su cantidad.

En definitiva, lo que quiere significar el órgano de contratación es que el número de servicios no es determinante para obtener la puntuación, sino solo el hecho de ofertar a los usuarios servicios de peluquería, podología, odontología, acompañamiento a hospitales y otros más.

Así pues, la redacción del criterio en sus términos literales -y como lo interpreta el órgano de contratación- encubre una mejora sin límites cuantitativos que, ante su generalidad e imprecisión, demanda de los licitadores el ofrecimiento de un número ilimitado o abierto de sesiones por cada servicio, que se irá concretando a demanda de los usuarios durante la vigencia del contrato.

Lo expuesto nos lleva al análisis de las mejoras como criterio de adjudicación, cuestión que ha sido abordada por este Tribunal en numerosas resoluciones. Debe citarse, entre otras, por su estudio detallado de la naturaleza jurídica de las mejoras y de sus requisitos como criterio de adjudicación, la Resolución 106/2020, de 12 de mayo. En la misma señalábamos, en lo que aquí interesa, que para que las mejoras puedan ser consideradas como criterio de adjudicación se han de cumplir los requisitos siguientes:

1. Deberán estar suficientemente especificadas. En este sentido, se considerará que esta exigencia se cumple cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.
2. Habrán de tratarse de prestaciones adicionales a las que figuren definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas.
3. No podrán alterar ni el objeto ni la naturaleza de las prestaciones del contrato.
4. No se les podrá asignar una valoración superior al 2,5 %, cuando la importancia en el baremo de los criterios sujetos a juicio de valor supere a la de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes obtenidos de la mera aplicación de fórmulas.

Y concluíamos en la citada resolución que las "mejoras de calidad" previstas en el pliego y evaluables en el criterio C.4 (consistentes en servicios de peluquería, podología y fisioterapia en la licitación de un contrato de servicios de ayuda a domicilio) no tenían límites, al ser objeto de valoración el número anual de horas ofertadas sin especificar un número máximo anual*;* lo que suponía vulneración de lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP en cuanto regula lo requisitos de las mejoras como criterios de adjudicación.

Así pues, en el supuesto ahora analizado, procede estimar el motivo y anular el criterio de adjudicación impugnado por falta de concreción y precisión en la redacción, al no haberse fijado límites adecuados para su valoración y ponderación; toda vez que se deja la concreción de la cuantificación de los servicios, ni siquiera a la fase de valoración de las proposiciones, sino a la de ejecución del contrato en función de la demanda de servicios

que pueda generarse a lo largo de la vida del contrato, con toda la repercusión que ello pueda provocar en orden a los costes de ejecución de contrato.

Se ha vulnerado, pues, el artículo 145 de la LCSP en cuanto a los requisitos y límites de los criterios de adjudicación.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, el recurso debe ser estimado, debiendo anularse los pliegos impugnados y el resto de documentos contractuales relacionados con su aprobación, convocándose una nueva licitación en su caso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado "Concesión de servicios de residencia municipal de la tercera edad y unidad de estancias diurnas de Fuente Tójar (Córdoba)", promovido por el Ayuntamiento de Fuente Tójar (Córdoba) (Expte. GEX 1934/2021) y en consecuencia, anular los citados actos así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

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 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 partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.