Recurso 495/2022
Resolución 610/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 30 de diciembre 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 «Servicio de ayuda a domicilio del Patronato Municipal de Bienestar Social del Ilustrísimo Ayuntamiento de Cabra, sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, tramitación anticipada» (Expediente GEX: 2022/13261), convocado por el Patronato Municipal de Bienestar Social adscrito al Ayuntamiento de Cabra (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de noviembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 14 de noviembre 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 10.259.588,45 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante dicho día 11 de noviembre 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 2 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por 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 el 15 de diciembre de 2022, previa reiteración de solicitud del expediente y del informe al recurso especial el día 12 de diciembre de 2022.

El 16 de diciembre 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 en el plazo establecido.

Por último, el 16 de diciembre de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente.

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 Cabra (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 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 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 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 11 de noviembre de 2022, por lo que el recurso presentado el 2 de diciembre 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 tenga por presentado RECURSO ESPECIAL contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (presupuesto base de la licitación) para la contratación de servicio de ayuda a domicilio por el PMBS del Ayuntamiento de Cabra en lo referido al presupuesto base de la licitación y valor estimado del contrato y revisión de precios.»*.

La recurrente, por un lado, señala 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. Tampoco aparece en el presupuesto base de licitación de forma desglosada y con desagregación de género, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia (artículo 100.2 de la LCSP). Asimismo, indica que no se expresan para el cálculo del presupuesto base de licitación (PBL), el coste real de la mano de obra de los trabajadores a subrogar o a contratar; dado que no se contempla la subida del Convenio

Colectivo para el año 2023, incluso ni siquiera en los salarios de los auxiliares de ayuda a domicilio alcanzan el salario mínimo interprofesional.

Alega que no se *"desglosan los gastos generales, financieros ni beneficio industrial, así como tampoco los gastos del tiempo de traslado entre los servicios a prestar"*, y que no "*ha incluido dentro del coste de personal los costes de Peluquera, de un coordinador y de dos ayudantes de coordinación, por cuanto la retribución que se establece en la Cláusula Quinta del Pliego sólo hace referencia a la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio".* Señala que tampoco aparecen las horas del Convenio Colectivo, que no son 1775 horas anuales sino 1755 horas anuales.

Por otro lado, afirma que "*la revisión de precios planteada en el PCAP vulnera lo expuesto en los artículos 103 a 105 por cuanto crea desde el inicio un desequilibrio económico cuando el valor de la hora es posible que se cambie para 2023 y años sucesivos".*

Por su parte, el informe al recurso del órgano de contratación, no se opone a los argumentos de la recurrente simplemente remite un informe donde responde a la inexistencia de Tribunal propio de resolución del recurso especial, y realiza una enumeración y relación de lo acaecido hasta ahora en la licitación, sin rebatir los argumentos de la entidad recurrente.

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 el 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 a su estimación, ni a anulación alguna. No obstante, por el principio pro actione, del contenido del cuerpo del recurso se infiere que su pretensión es la de que se anulen las cláusulas del mencionado PCAP, por los motivos que esgrime en su escrito de interposición. Esta circunstancia ya fue puesta de manifiesto por este Tribunal en su Resolución 259/2022, de 6 de mayo, que resolvía un recurso interpuesto por la misma asociación recurrente, que persiste en su forma de plantear el solicito del recurso. Asimismo, en otros posteriores.

2. Sobre las pretensiones del recurso.

De lo expuesto por la recurrente se infiere que plantea pretensiones puramente formales:

i) Por un lado, denuncia que no se desglosan los costes directos e indirectos para el cálculo del presupuesto base de licitación;
ii) Por otro lado, no se ha contemplado el coste real de la mano de obra de los trabajadores a subrogar o a contratar, dado que no se contempla la subida del Convenio Colectivo para el año 2023, incluso ni siquiera los salarios de los auxiliares de ayuda a domicilio alcanzan el salario mínimo interprofesional.
iii) Señala que no se desglosan los gastos generales, financieros ni beneficio industrial, así como tampoco los gastos del tiempo de traslado entre los servicios a prestar; y
iv), Que no aparece la desagregación de género.

Asimismo pretensiones materiales, pues menciona que no se ha incluido dentro del coste de personal:

i) Los costes de peluquera, de un coordinador y de dos ayudantes de coordinación, por cuanto la retribución que se establece en la Cláusula Quinta del Pliego sólo hace referencia a la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio;
ii) Que las horas del Convenio Colectivo no son 1775 horas anuales sino 1755 horas anuales;
iii) Por último que la revisión de precios planteada en el PCAP vulnera lo expuesto en los artículos 103 a 105 por cuanto crea desde el inicio un desequilibrio económico cuando el valor de la hora es posible que se cambie para 2023 y años sucesivos.

Abordando el objeto del recurso, debemos partir de una consideración previa, ya que sobre la configuración y desglose del presupuesto base de licitación y sobre el 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 quinta del PCAP que dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

"Para el cálculo del presupuesto base de licitación y del valor del contrato, se han llevado a cabo las siguientes tareas. En primer lugar, se ha realizado una estimación del número de horas de servicio que se prevé realizar teniendo en cuenta una media de horas de años anteriores, sin que ello suponga ningún compromiso para esta Administración, pues dichas horas dependen de las necesidades del servicio, en función del número de personas usuarias y de la intensidad de horas concretadas en las resoluciones aprobatorias del mismo.
En el presente contrato de servicios es especialmente relevante en su ejecución la mano de obra que deberá utilizar la empresa que resulte adjudicataria, por lo que se tiene especialmente en cuenta los costes laborales derivados del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal y sus correspondientes tablas salariales aprobadas, según Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección Gral. de Trabajo, por la que se registran y publican la revisión y las tablas salariales para 2019 del citado Convenio colectivo. No procede la desagregación de género, al no establecerse en el convenio colectivo de aplicación, diferencias de salarios por razón de género.

Para los cálculos de los costes se parte de los listados de personal a subrogar facilitados por INEPRODES, S.L. empresa prestadora del servicio actualmente y se tendrán en cuenta las correcciones necesarias.

El resultado, como consecuencia de la consideración de todos estos factores con incidencia en el coste salarial, es el que se refleja a continuación.

«Coste de personal:
Jornada anual según convenio: 1.775 horas.
Retribución según convenio 2022: 1.048,65 €
Retribución anual 2022: 14.681,13
Trienios (1): 279,41 €
Cotización Seguridad Social: 5.236,19 €
Coste anual: 20.196,74 €
Coste hora: 11,38 €
(1) Se considera una antigüedad media a efecto de trienio de tres años.

Auxiliares de ayuda a domicilio:
Horas/año estimadas: 146.164
Jornada anual: 1,775
Coste hora: 11,38 €
Total coste año: 1.663.346,32 €
La jornada laboral es aplicada en base al 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)
Presupuesto de gastos
Coste directo: 1.663.346,32 €
Coste indirecto 3%: 49.900,39 €
Ejecución material: 1.713.246,71 €
Gastos generales 4,5%: 77.096,10 €
Total gasto anual: 1.790.342,81 €

Teniendo en cuenta todos estos factores más los costes indirectos del servicio (gastos generales más beneficio industrial) se determina:

A) Presupuesto base de licitación

El presupuesto base de licitación se establece como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación incluido el IVA.
Teniendo en cuenta que el presupuesto base de licitación por anualidad asciende a la cantidad de 2.051.917,69 € (IVA excluido) + IVA 4% (82.076,71 €) = 2.133.994,40 €, el importe para la totalidad de los servicios por 4 años de duración principal del contrato asciende a: 8.207.670,76 € (IVA excluido) + IVA 4% (328.306,83 €) = 8.535.977,59 €."

Al respecto, partimos por tanto, de la afirmación que contiene la cláusula quinta del PCAP y en el listado de trabajadores aportado por la entidad actualmente adjudicataria, sobre los costes salariales estimados y categoría profesional, pues parten del convenio laboral de referencia, y se determina a partir del listado de subrogación.

Abordamos a continuación sobre esta base las cuestiones planteadas:

a. Respecto de los aspectos formales.

El presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato configurados en la cláusula quinta del PCAP y en el listado de trabajadores aportado por la entidad actualmente adjudicataria recogerían las exigencias de los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, dado que respecto del presupuesto base de licitación, desglosa los costes en directos e indirectos, y el PCAP junto al listado 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 en el listado indica de forma desglosada y con desagregación de categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

En cuanto a las categorías profesionales, en el listado facilitado por la empresa que actualmente presta el servicio, informa en su lista de la existencia de 4 categorías profesionales, como son auxiliar de ayuda a domicilio, ayudante de coordinación, coordinadora y peluquera. En el listado aparecen los siguientes datos, el tipo de contrato, la fecha de antigüedad, la categoría profesional, la jornada en horas, el salario bruto anual y los gastos de seguridad social, así como su situación laboral. 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 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.

Por este motivo debe desestimarse el recurso.

b. Plantea asimismo la recurrente como cuestión formal que en el presupuesto base de licitación no se desglosan los costes directos e indirectos, cuestión que no puede admitirse, dado que los artículos 100 y 101 LCSP no obligan a este desglose individualizado, solo el artículo 101 LCSP distingue, pero no a efectos de desglose, sino de cálculo del valor estimado (v.g. Resolución 136/2022, de 18 de febrero, de este Tribunal).

c. En cuanto a la desagregación por género, el órgano de contratación ya motivaba en la cláusula quinta que no procedía dado que, en el convenio colectivo de aplicación, no existen diferencias de salarios por razón de género. En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) fijó, entre otras en su Resolución 633/2019, la doctrina sobre los supuestos en que procede el desglose de los costes salariales concluyendo que la obligación de desglosar los costes salariales (que no se aplica a los contratos de suministro ni a los de obras) se aplica a los contratos de servicios en que se dan las siguientes circunstancias:

a) el coste de los salarios de las personas empleadas en la ejecución del contrato forma parte del precio total del contrato porque el precio se fija por unidades de trabajo y tiempo;
b) la ejecución de la prestación es a favor de la entidad contratante, que la recibe directamente;
c) los costes salariales son los principales, y estos son los de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato solo a favor de la entidad contratante.

En la Resolución 1333/2019, reiteraba esta doctrina y analizaba la obligación de desagregar los costes salariales por género. El Tribunal, aunque reconoce que es una tarea no exenta de dificultad, entiende que esta exigencia no puede eludirse invocando cláusulas del convenio colectivo aplicable que impongan la aplicación del principio de igualdad efectiva entre hombre y mujer, o la aprobación de un plan de igualdad por las empresas incluidas en su ámbito funcional de aplicación. Por lo tanto, concluye que es necesario realizar esa desagregación, o bien justificar la imposibilidad de realizarla y su causa: inexistencia de diferencias en convenio y/o imposibilidad de conocer el género del personal que se adscribirá a la ejecución del contrato. Argumenta el Tribunal:

«No obstante lo anterior, es indudable que el mandato legal citado no puede interpretarse de forma extrema en el sentido que obligue a desagregar lo inexistente o desconocido, pues no se puede obligar a lo imposible: Quiere ello decir que, efectivamente, si el convenio de referencia no establece diferencias retributivas por razón de género, y, además, no se impone ni en el PCAP ni en norma alguna una distribución por géneros del concreto personal mínimo exigido que ha de adscribirse a la ejecución de las prestaciones del contrato, no cabe sino concluir que el citado desglose con desagregación por géneros de los costes salariales estimados según convenio laboral aplicable no puede establecerse en el PCAP ni en el documento regulador de la licitación y del contrato, por lo que no se puede infringir por ello el citado artículo 100.2 de la LCSP.

Ahora bien, una cosa es que no se pueda llevar a cabo esa desagregación por géneros si no existen diferencias retributivas según convenio aplicable, o no se puedan determinar los importes según géneros del concreto personal adscrito al contrato, y otra que se omita toda indicación a dichas circunstancias en el documento en que se haga el desglose de los costes que forman el presupuesto base de licitación del contrato, en particular, de los directos y dentro de ellos, de los costes salariales, pues en el primer caso existiría incumplimiento del mandato legal, mientras que en el segundo, no, puesto que se mencionaría y concretaría la imposibilidad de cumplirlo y su causa: inexistencia de diferencias en convenio y/o imposibilidad de conocer el género del personal que se adscribirá a la ejecución del contrato.

En nuestro caso, en el Anexo VIII del PCAP no se menciona nada sobre desglose de costes salariales con desagregación por razón de género, ni, en particular, indica que no se efectúa porque no existen diferencias retributivas que permitan desagregar los costes salariales por géneros, ni posibilidad de hacerlo por desconocimiento del género del personal a adscribir al contrato. Procede, por ello, estimar el recurso en este aspecto, si bien en los términos indicados, ya que la sola alegación de que el convenio de referencia establece el principio de igualdad e impone el establecimiento de un plan de igualdad no ampara que no se haga aquella indicación en el documento en el que se efectúe el desglose de los costes que integran el presupuesto del contrato para dar cumplimiento a lo exigido por el artículo 100.2 de la LCSP en el caso en que proceda desagregar los costes salariales estimados mediante desagregación por géneros y categorías profesionales.»

Por lo que parece, la justificación dada en la cláusula quinta es suficiente, dado el tipo de convenio colectivo, para no tener que dar esta información desagregada, más aún dada la parquedad del recurso especial presentado, carente de motivación en este punto, que reflejen evidencias de la distinción de costes por género.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

d. Por otro lado, en cuanto a que no se ha contemplado el coste real de la mano de obra de los trabajadores a subrogar o a contratar, "*dado que no se contempla la subida del Convenio Colectivo para el año 2023, incluso ni siquiera en los salarios de los auxiliares de ayuda a domicilio alcanzan el salario mínimo interprofesional"*, existe doctrina de este Tribunal al respecto en un caso similar, constituida por la resolución 150/2019, de 16 de mayo

(Recurso 410/2018), en donde ya se examinaba que las subidas previstas en el convenio colectivo en vigor dependían de factores que escapaban la certeza, pues el convenio colectivo empleado para la determinación del precio del contrato regulaba un incremento anual en la misma cuantía que el índice de precios al consumo real del año anterior, sujeto a su vez a que el PIB experimentase un incremento anual superior al 2%. Lo que llevó al Tribunal a concluir que se trata de "*circunstancias que para el año 2019 y posteriores no es posible conocerlas durante el año 2018 en que se elabora el presupuesto base de licitación que se examina, sin que sea posible entender cumplidas dichas exigencias contenidas en el convenio colectivo de aplicación por una previsión realizada en fecha anterior por una entidad que no es la competente para ello. En definitiva, no es posible admitir el presente alegato de la recurrente, por un lado, por impedirlo como se ha expuesto el propio convenio colectivo de aplicación, y por otro lado, porque la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (artículo 100.2 de la LCSP), esto es en el supuesto examinado con las tablas salariales del año 2018.*"

El artículo 8 del convenio en su segundo párrafo señala: *"Hasta que se llegue a ese acuerdo expreso se incrementarán anualmente, en el mes de enero, los conceptos retributivos en la misma cuantía que el índice de precios al consumo (IPC) real del año anterior, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final del presente convenio".*

En este sentido, no es posible, por no permitirlo el propio convenio colectivo de aplicación que dispone al efecto que para que opere anualmente en el mes de enero la cláusula de revisión salarial automática, en la misma cuantía que el índice de precios al consumo real del año anterior, es necesario que el producto interior bruto de la economía española publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo público o privado que haga sus veces, haya experimentado un incremento anual superior al 2 por 100, circunstancias que para el año 2023 y posteriores no es posible conocerlas durante el año 2022 en que se elabora el presupuesto base de licitación que se examina, sin que sea posible entender cumplidas dichas exigencias contendidas en el convenio colectivo de aplicación por una previsión realizada en fecha anterior por una entidad que no es la competente para ello.

En definitiva, no es posible admitir el presente alegato de la recurrente, por un lado, por impedirlo como se ha expuesto el propio convenio colectivo de aplicación, y por otro lado, porque la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (artículo 100.2 de la LCSP), esto es en el supuesto examinado con las tablas salariales del año 2022.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

e. En cuanto al salario mínimo interprofesional ninguna fundamentación al respecto hace la entidad recurrente, sin que proceda a este Tribunal construir la fundamentación de su recurso, no pudiendo abordar dicha cuestión. Asimismo, sí se establecen los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, sin que sobre ellos recaiga el desglose al que se refiere el artículo 100 LCSP, pues forma parte de los extremos a tener en cuenta para calcular el valor estimado del contrato.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

f. En cuanto a la revisión de precios del PCAP señala que vulnera lo expuesto en los artículos 103 a 105 LCSP, por cuanto crea desde el inicio un desequilibrio económico cuando el valor de la hora es posible que se cambie para 2023 y años sucesivos.

Establece la cláusula 6 del PCAP: *"El Ayuntamiento de Cabra realizará la revisión del precio de adjudicación del contrato, atendiendo al porcentaje de variación del coste/hora del servicio establecido por la Administración de la Junta de Andalucía, mediante Resolución de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales y en ejecución del Convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Cabra y la Junta de Andalucía para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión".*

Al respecto y aplicado también al motivo del recurso, ya examinado sobre la subida salarial previsible, al fin y al cabo, lo que se quiere expresar es que no se ha contemplado el coste real de la mano de obra de los trabajadores a subrogar o a contratar, dado que no se contempla la subida del Convenio Colectivo para el año 2023, incluso ni siquiera los salarios de los auxiliares de ayuda a domicilio alcanzan el salario mínimo interprofesional. Debemos hacer en este inciso un especial pronunciamiento sobre los términos del recurso, pues se observa en el escrito de impugnación, que no se fundamenta con un cálculo mínimo que pudiera hacer entender que el criterio del órgano de contratación no ha sido objetivo. Olvida la asociación recurrente que el estudio parte de unos costes reales adaptados a la presente contratación que mínimamente deben ser rebatidos. Falta pues, en el recurso la más elemental fundamentación o motivación que permita sustentar las afirmaciones contenidas en el escrito de impugnación. Sin embargo, no puede este Tribunal ni suplirle en su deber de motivación del recurso construyendo una argumentación que solo corresponde a quien impugna una decisión del poder adjudicador. Como señalamos en nuestra Resolución 302/2020, de 10 de septiembre «*El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre».* Ni siquiera identifica cuál es ese convenio colectivo que obliga a subidas salariales para el año 2023. No realiza ninguna fundamentación más. Ni en el recurso ni en la documentación adjunta presentada aparece desglose alguno, ni es posible por tanto afirmar que haya hecho un exhaustivo estudio de todos los costes laborales y los criterios establecidos en los artículos 100 a 102 de la LCSP, que al igual que la denuncia relativa a la mejora salarial la presente alegación adolece de absoluta falta de fundamentación fáctica y jurídica, no pudiendo este Tribunal adivinar los argumentos de la asociación recurrente.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

g. Respecto a que las horas del Convenio Colectivo no son 1775 horas anuales sino 1755 horas anuales, debe estimarse que, examinado el convenio colectivo, en el artículo 39 se recoge que: *"Se establece una jornada máxima anual de 1.792 horas de trabajo efectivo, ya sea en turno partido o continuo, a excepción del servicio de ayuda a domicilio, cuya jornada máxima será de 1.755 horas. La jornada podrá ser distribuida por la empresa de forma irregular en un porcentaje del 10%".*

Procede, pues, estimar este motivo del recurso, pues no se atisba razón ni fundamentación alguna para establecer dicha jornada, ni tampoco el órgano de contratación en su informe lo aclara ni defiende (como así respecto del resto de alegaciones realizadas por la entidad recurrente). Cuestión distinta es que incluso con una corrección de errores solicitada por la recurrente, a la vista del fracaso del resto de alegaciones se podría haber salvado, lo que aparentemente parece un error material.

Por último, a mayor abundamiento, y aun no siendo esgrimido por la entidad recurrente, téngase en cuenta en la ejecución, la Resolución de 2 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Auto de la Audiencia Nacional, de 19 de octubre de 2022, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por el que se acuerda ejecutar provisionalmente la sentencia dictada por ese Tribunal el 20 de junio de 2022 en lo relativo a la solicitud formulada por los sindicatos UGT y CCOO referida a la publicación de las tablas salariales correspondientes al año 2022 del VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal sobre sentencia referida a las tablas salariales del año 2022 del VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal por la que se reconocía por un lado, el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del VII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, a la aplicación de la cláusula de revisión salarial automática contenida en el artículo 8 del Convenio en cuestión y, en consecuencia, al incremento de sus conceptos retributivos para el ejercicio 2022 en la cuantía correspondiente al porcentaje del índice de precios al consumo (IPC) real del año 2021, esto es en un 6,5 por 100. En segundo lugar se obligaba a la publicación de las tablas salariales correspondientes al ejercicio de 2022 con base en lo dispuesto en dicho precepto convencional.[1]

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 el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo corrigiendo el PCAP en lo que respecta a la jornada anual, otorgando de nuevo el plazo para presentación de ofertas.

OCTAVO. Sobre la conducta de asociación recurrente reiterada en la interposición de recursos sin la diligencia debida. Existencia de temeridad.

Ha de ponerse de manifiesto que en el solicito del recurso, de los siete motivos alegados, únicamente ha visto estimado uno, que más que infracción a simple vista parece un error material.

Téngase en cuenta la falta de fundamentación del mismo en determinados motivos, donde no se hace referencia a extremos concretos del PCAP. Ello hace ver un estudio poco preciso del recurso, que obviamente influye en la desestimación clara de la mayoría de las pretensiones.

La entidad recurrente ya ha sido advertida en distintos recursos interpuestos recientemente de la necesaria seriedad y rigor con que el recurso especial debe ser tratado ante este Tribunal. A estos efectos por ejemplo se citan las recientes resoluciones 259, 451 y 588 todas de 2022

En el presente recurso, la motivación de algunos motivos del recurso resulta huérfana de toda fundamentación. Entendemos que el recurso adolece de una falta de viabilidad jurídica y que supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, debido a la falta de contenido impugnatorio poco riguroso, teniendo en cuenta que es una entidad que recurre con asiduidad.

Sobre lo anterior, el artículo 58.2 de la LCSP establece: «*En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma», en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo*

1 BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 2022, páginas 155334 a 155341

Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional: «Es criterio de esta Sala que "La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución" (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014, recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular "algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas" (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «*cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, apreciamos la evidente falta de fundamentación y de viabilidad jurídica careciendo del contenido impugnatorio mínimo pues incluso el único motivo alegado, el relativo a la jornada anual podría haberse salvado con una petición de corrección de error material. En el supuesto que nos ocupa, no se articula con la debida argumentación los motivos por lo que la oferta presentada está por debajo del salario mínimo interprofesional conforme a los costes legales de la actual reforma laboral, por ejemplo. Incluso otros motivos que han sido rechazados por no ser ciertos conforme a consolidada doctrina de los órganos competentes en la resolución del recurso especial.

Lo anterior evidencia un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A ello debe sumarse que la interposición del recurso ante el Tribunal, ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su falta de fundamentación, que lo ha abocado a su inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano. Debe sumársele a ello, la adopción de una medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, lo cual, como hemos mencionado podría haber sido evitado, si se hubiera solicitado al órgano de contratación la corrección ante la evidencia de lo que pudiera ser un simple error material.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».*

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se constata la temeridad en la interposición, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación.

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta. En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la asociación recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y, en su caso, a las entidades licitadoras.

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 rige el contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Patronato Municipal de Bienestar Social del Ilustrísimo Ayuntamiento de Cabra, sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, tramitación anticipada» (Expediente GEX: 2022/13261), convocado por el Patronato Municipal de Bienestar Social adscrito al Ayuntamiento de Cabra (Córdoba)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 a los efectos de la corrección del error material observado con otorgamiento de nuevo plazo para presentar las ofertas.

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 16 de diciembre 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.

CUARTO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que se procede la imposición de multa en la cuantía máxima de 1.500 euros en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

QUINTO. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dado el incumplimiento de las obligaciones legales expuestos en los antecedentes de esta 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.