Recurso 11/2023
Resolución 84/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 7 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA),** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato denominado «Mantenimiento de la Gran Senda de Málaga GR 249, sus variantes y equipamientos mediante prácticas más respetuosas con el Medio Ambiente (3 lotes) de la Excma. Diputación Provincial de Málaga» (Expte. SERV.- 020/2022), promovido por la citada Diputación de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 y 16 de diciembre de 2022, respectivamente, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del citado contrato de servicios. Los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores el 15 de diciembre. El valor estimado del contrato asciende a 2.192.156,31 euros.

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 30 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (en adelante ASEJA o la recurrente) contra el pliego de clausulas administrativas particulares del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. Además la recurrente solicita en su escrito de impugnación la suspensión del procedimiento de licitación.

Dicho escrito de recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal el 9 de enero de 2023 , junto al expediente del procedimiento de licitación, el informe al recurso y el resto de documentación necesaria para la resolución del mismo,.

El 13 de enero de 2023, 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.

Finalmente, el 23 de enero de 2023 mediante resolución de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, la Diputación Provincial de Málaga es una entidad local andaluza que ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

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 pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y ello por entender que uno de los criterios de adjudicación resulta discriminatorios en tanto que beneficia al actual adjudicatario sobre el resto de entidades que puedan estar interesadas en licitar al presente procedimiento, y al considerar que el presupuesto base de licitación está mal calculado y por tanto no está fijado atendiendo a precios de mercado.

Al respecto, debe indicarse que los estatutos de la asociación recurrente establecen como ámbito de actuación en su artículo 3.b) *«A todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento del ámbito forestal, incluyendo terrenos rústicos en el que vegeten especies arbóreas, arbustivas, herbáceas o de nivel biológico inferior, espontáneas o introducidas y/o trabajos complementarios en espacios forestales con todo tipo de elementos vegetales, así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat forestal que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando ésta actividad a todo el territorio del Estado Español. Las actividades antes descritas se entienden en su sentido más amplio, extendiéndose a las labores propias de prevención o extinción de incendios.».*

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.

Sobre lo anterior el órgano de contratación solicita en su informe al recurso la inadmisión del escrito de impugnación por falta de legitimación, realiza varias consideraciones al respecto. En primer lugar, argumenta que en el recurso se alude a que la asociación representa y las empresas del sector dedicadas a las zonas verdes y a la jardinería lo que a su juicio no tiene una relación univoca con el objeto del contrato. Sin embargo, y como anteriormente se ha reproducido, pese a la cuestionable defensa de su legitimación realizada por la recurrente en su escrito de impugnación, cabe deducir de forma clara que del apartado reproducido de los estatutos sí existe una legitimación activa atendiendo a su ámbito de actuación.

Por otro lado, el órgano de contratación considera que el objeto de impugnación de la recurrente, uno de los criterios de adjudicación, el que valora la experiencia de las personas a ejecutar el contrato, y el que se refiere a la configuración del presupuesto base de licitación suponen, en realidad, una defensa genérica de la legalidad que excede de su legitimación. Sin embargo, en el sentido anteriormente argumentado este Tribunal considera que la recurrente sí tiene legitimación dado que la configuración de los criterios de adjudicación y concretamente lo que cuestiona la asociación, la valoración de la experiencia, así como el cálculo del valor estimado que tacha de insuficiente, pueden impedir o limitar a las entidades interesadas a participar en el presente procedimiento, a las que la asociación recurrente representa, de lo que como se ha indicado se deriva el interés legítimo para la interposición del presente recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el PCAP de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 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 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Sobre la valoración de la experiencia como criterio de adjudicación.

ASEJA articula su escrito de impugnación en torno a dos motivos de recurso contra el PCAP que rige la presente licitación. En el primero de los motivos cuestiona la configuración de uno de los criterios de adjudicación.

Para facilitar la comprensión de la controversia se procederá a reproducir la configuración del citado criterio de adjudicación:

«3.-Experiencia previa en la dirección de los trabajos.
De conformidad con lo establecido en el Anexo 5.2, como criterio de solvencia, la empresa deberá adscribir obligatoriamente para la ejecución de este contrato a un Técnico de Senderos con titulación acreditada por la Federación Andaluza o Española de Montaña y Licencia de técnico en vigor. Esta persona será la responsable de la dirección de los trabajos.
La distribución de los 40 puntos se hará conforme a lo siguiente:
a) 5 puntos por cada sendero de gran recorrido (GR) total o parcial mantenido dentro de los últimos 5 años debidamente acreditado, con un máximo de 25 puntos. La experiencia previa de la persona responsable se acreditará mediante la presentación de los correspondientes certificados de buena ejecución de mantenimiento del sendero de gran recorrido bien por el técnico de senderos, si están a su nombre, o bien por la empresa que haya ejecutado el mantenimiento debiendo aportar, en este caso, la vinculación del técnico con la misma.
b) 5 puntos por cada sendero homologado (PR, SL y/o GR) sin límite de tiempo, hasta un máximo de 15 puntos. Se acreditará con un certificado de la Federación correspondiente sobre la dirección técnica de los trabajos realizados para la homologación, bien por el técnico de senderos, si están a su nombre, o bien por la empresa que haya ejecutado la homologación debiendo aportar, en este caso, la vinculación del técnico con la misma.
Se puntuará conforme al siguiente cuadro:

GR mantenidos Puntos	***Puntos***
1	*5*
2	*10*
3	*15*
4	*20*
5	*25*
Senderos homologados	***Puntos***
1	*5*
2	*10*
3	*15*

1. Alegaciones de la recurrente.

Sobre lo anterior, la recurrente articula este motivo de recurso en torno a tres cuestiones: (i) que el criterio de

adjudicación vulnera los principios de no discriminación e igualdad de trato, (ii) que no se justifica por el órgano de contratación en qué medida la experiencia del personal requerida a través del reproducido criterio de adjudicación incide de manera significativa en la calidad del servicio y (iii) en la desproporcionalidad de la puntuación máxima de hasta 40 puntos atribuido al criterio de adjudicación relativo a la experiencia.

La recurrente considera que la configuración actual del PCAP supone de facto un trato favorable para la actual adjudicataria que ya dispondría de personal con la experiencia requerida. Afirma que los senderos *«especialmente los de gran recorrido (a los que se asigna mayor puntuación), suelen ser competencia de las Diputaciones Provinciales. De forma que sería muy difícil, cuando no imposible, encontrar para empresas que no sean las anteriores adjudicatarias del servicio, personal que tenga experiencia previa».*

Afirma: *«Efectivamente; cabe configurarse como criterio de adjudicación la experiencia del personal que el licitador adscriba a la ejecución del contrato, pero siempre que quede demostrado y debidamente justificado por el Órgano de Contratación que la misma se traducirá en una mejora de la calidad del servicio, y además, significativa. Sin que se cumplan dichos presupuestos necesarios para que la experiencia pueda ser valorada, no cabe que la misma ser dispuesta como criterio de adjudicación, quedando limitada su consideración como requisito de solvencia técnica. No consta en la documentación facilitada por el Órgano de Contratación, justificación ninguna dada por este relativa a que la experiencia redundará en la mejora significativa de la calidad del servicio en que consiste el Contrato; ni que los trabajos en que consiste el servicio, sean de tal complejidad técnica, que precisen de una experiencia demostrable; ni finalmente, que referida experiencia, vaya a constituir un plus de calidad que afecte directamente a la calidad profesional de la prestación y, por lo tanto, al objeto del contrato».*

Concluye este motivo de recurso afirmando lo siguiente: *«Tal y como se ha advertido, el criterio denunciado asigna una puntuación máxima de hasta cuarenta (40) puntos, lo que resulta absolutamente desproporcionado habida cuenta de que se trata únicamente de la experiencia de uno solo de los trabajadores adscritos al servicio, sin que conste además justificado que tal experiencia suponga una mejora significativa en la prestación del servicio»* y solicita que se estime este primer motivo de recurso.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Manifiesta que no cabe alegar discriminación en la configuración del criterio de adjudicación, en este sentido indica: *«Respecto a estas apreciaciones del recurrente manifestar que es un criterio que sirve para valorar a cualquier empresa y/o profesional del sector ya que cualquiera pueden acreditar la misma experiencia en cualquiera de los senderos homologados que existen en el territorio nacional ya que en el pliego no se discrimina por localización geográfica ni por especialización en el mantenimiento de senderos (en España hay más de 2.500 senderos homologados) sino que se puntúa la experiencia en el mantenimiento y señalización de todos los tipos de senderos homologados existentes, se ubiquen donde se ubiquen, siendo de una lógica irrefutable solicitar experiencia en el tipo de trabajo que se ha de realizar tras la adjudicación.*
En este sentido la recurrente desconoce que los Senderos de Gran Recorrido (y cualquiera) no son competencia de las Diputaciones, sino de la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada. Y son los promotores de cada infraestructura deportiva, según se indica en el Manual de Señalización de Senderos FEDME punto 17 página 70, los que están obligado a mantener el sendero ejecutado y presentar un informe cada 4 años. En ningún debe ser una Diputación provincial salvo que sea el promotor del sendero, cual es el caso del GR 249 objeto de licitación de su mantenimiento por parte de la Diputación de Málaga.
En España actualmente hay miles de senderos homologados y mantenidos de los que pocos pertenecen a Diputaciones Provinciales».

Sobre la justificación de la exigencia de la experiencia y de su peso en los criterios de adjudicación, indica lo siguiente: *«el criterio de EXPERIENCIA se valora con 40 puntos puesto que es un contrato de SERVICIOS con la administración. Si la administración convocante tuviera personal especializado con experiencia y maquinaria profesional, no sería necesario tramitar este pliego de Mantenimiento. No siendo éste el caso, es por lo que se busca una empresa con trabajadores con la suficiente experiencia como para realizar el trabajo sin que genere perjuicios a la administración contratante y a los usuarios de los senderos durante la ejecución de los trabajos.*
La EXPERIENCIA en un contrato de MANTENIMIENTO de SENDEROS es la base del servicio, ya que no se trata de trabajos que se realicen en geolocalizaciones cómodas, por lo que la planificación y el conocimiento del terreno de forma previa a la ejecución de los trabajos es fundamental para el desarrollo de la actividad de forma correcta; el desconocimiento y la falta de experiencia en la ejecución de este tipo de trabajos pueden llevar a confusiones generando el tipo de dudas que plantea el demandante».

Por lo anterior solicita la desestimación de este motivo de recurso.

3. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia que se centra en comprobar si la configuración del citado criterio de adjudicación *«experiencia previa en la dirección de los trabajos»* resulta ajustado a derecho.

Sobre la experiencia de las entidades licitadoras como criterio de adjudicación, tiene este Tribunal y el resto de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual una doctrina consolidada. En este sentido, es de destacar que ya este Órgano se pronunció al respecto en su Resolución 18/2013, de 25 de febrero, en la que se indicó que *«la experiencia no puede ser un criterio de valoración de las ofertas de los licitadores como alega el recurrente»*. Más recientemente, en la Resolución 207/2020, de 18 de junio, ya con la nueva LCSP, se señalaba la imposibilidad de establecer como criterio de adjudicación las características o circunstancias de las empresas, esto es la experiencia de la siguiente forma:

> *«Al respecto, este Tribunal ha puesto de manifiesto recientemente en su Resolución 98/2020, de 12 de mayo, que el requisito de la experiencia ha sido tradicionalmente considerado como una condición de solvencia más que como un criterio de adjudicación sobre la base de tratarse de una cualidad de la empresa licitadora que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta. Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-601/13, de 26 de marzo de 2015 (Ambisig y Nersant) se produce un cambio de criterio y el citado Tribunal comienza a considerar que en ciertos tipos de contratos sí cabe admitir la experiencia como criterio de adjudicación.*
>
> *Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 94, señala que "Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura (...)". Al respecto, su artículo 67 prevé la experiencia del personal como criterio de adjudicación y el precepto se incorpora con una redacción casi idéntica al vigente artículo 145 de la LCSP que, al describir algunos criterios de adjudicación, menciona expresamente "La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya*

a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución".

De lo hasta ahora expuesto, podemos extraer en lo que aquí interesa dos conclusiones claras: por un lado, que la experiencia del personal de las entidades licitadoras puede ser criterio de adjudicación y por otro lado, que la experiencia de las empresas licitadoras es una cualidad de las mismas que ninguna ventaja directa o valor añadido reporta a la oferta, por lo que es posible considerarla como condición de solvencia pero no como criterio de adjudicación, circunstancia ésta última que concurre en el supuesto examinado en la que el criterio controvertido exige experiencia de la entidad licitadora, dándose por tanto la razón a la recurrente cuando señala que el criterio versa sobre la capacidad de las empresas para ejecutar el contrato, y por ello no puede ser valorada como criterio de adjudicación, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, como requisito de solvencia técnica.».

Por último, este Tribunal se ha pronunciado al respecto, entre otras, en su Resolución 531/2021, de 10 de diciembre, en la que se afirmaba que *«cabe configurar como criterio de adjudicación la experiencia del personal que se adscriba a la ejecución del contrato, pero siempre que quede demostrado y debidamente justificado por el órgano de contratación que dicha experiencia se traducirá en una mejora de la calidad del servicio, mejora que debe ser significativa. Fuera de esos supuestos, no cabe utilizar la experiencia como criterio de adjudicación, quedando limitada su consideración como requisito de solvencia técnica.»*, reproducida en la reciente Resolución 219/2022, de 8 de abril.

En este mismo sentido, se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas en la Resolución 1926/2021, de 22 de diciembre.

En definitiva, como regla general, no es posible utilizar la experiencia de las entidades licitadoras como criterio de adjudicación, circunstancia que concurre en el supuesto que se examina, con infracción del artículo 145 de la LCSP, pues éste solo permite emplear la experiencia como criterio de adjudicación en los supuestos que la misma se refiera a la del personal que vaya a ejecutar la prestación, siempre que quede debidamente justificado que dicha experiencia se traducirá en una mejora significativa de la calidad del servicio.

Como se ha venido manifestando en el presente supuesto si bien la experiencia sí se refiere al personal que va a ejecutar la prestación, resulta cierto que no se ha podido localizar en el expediente la justificación relativa a que la experiencia que se pueda aportar por los licitadores se traduzca en una mejora significativa de la calidad del servicio, más en el presente supuesto en el que a este criterio de adjudicación se le otorga un 40% de la puntuación total. Sobre lo anterior, el órgano de contratación justifica en el informe al recurso los motivos por los que considera que es fundamental la experiencia para una buena ejecución del servicio, sin embargo, no alega que dicha justificación figure en un lugar concreto del expediente de contratación.

En el sentido mencionado, la justificación del criterio de adjudicación no se refleja como tal ni en el expediente, ni en el PCAP. En el informe al recurso, el órgano de contratación pone de manifiesto que se justifica la necesidad de contratar una empresa con suficiente experiencia pero esa justificación a la que alude no es la del criterio en sí como exige el artículo 116.4 c) de la LCSP, ni va dirigida a acreditar que la experiencia exigida en el criterio de adjudicación supone una garantía de calidad con afectación significativa a una mejor ejecución. En definitiva, no es posible admitir una justificación implícita de la experiencia del personal como criterio de evaluación de las proposiciones por deducción del contenido del PCAP. La ausencia de la indicada motivación impide a este Tribunal manifestarse sobre el resto de cuestiones, la alegada ventaja otorgada al actual adjudicatario así como la desproporción del criterio de adjudicación.

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

SEXTO. Fondo del recurso. Sobre el cumplimiento del presupuesto base de licitación así como del valor estimado del contrato lo previsto en los artículos 100 y 101 de la LCSP.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente manifiesta en este motivo de recurso dos cuestiones con relación a la determinación en el PCAP del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato; en primer lugar alega que no se facilita el desglose del presupuesto base de licitación y en segundo lugar que el mismo no se ha determinado atendiendo a los precios de mercado.

Con relación a la primera cuestión relativa al desglose, argumenta que se conculcan en el PCAP los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP lo que le impide revisar si el presupuesto de licitación es suficiente. Asimismo, argumenta que en la determinación del valor estimado del contrato se tienen que tener en cuenta la aplicación de la normativa laboral vigente, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

Afirma que en el PCAP debería de incluirse explícitamente en el desglose de los costes directos de mano de obra las partidas como el absentismo, vacaciones, pluses, pluses fuera de convenio, etc. y que se facilitase el convenio aplicable. Y sobre todo, que se informe sobre los atrasos que hubiese pendientes en función de los acuerdos recogidos en el convenio de aplicación.

En segundo lugar, la recurrente argumenta que el presupuesto base de licitación no ha sido calculado a precio de mercado. En este sentido, argumenta que el órgano de contratación: *«no ha calculado realmente el coste de prestación del servicio sino que se ha limitado a remitirse a unas tarifas de TRAGSA, sin justificar por qué se considerarían aplicables las mismas a este Contrato (y no el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2.021-2.024 - BOE número 167, de 13 de julio de 2.022-); cuando además, tal y como se indica a través de la DISPOSICIÓN 4 (PRECIO DE CADA UNA DE LAS UNIDADES EN QUE SE DESCOMPONE EL PRESUPUESTO Y NÚMERO ESTIMADO DE LAS PRESTACIONES) del PPT, se trata de una base de precios de TRAGSA del año 2.020, cuando la prestación del contrato que nos ocupa se iniciaría en 2.023; por lo que ni siquiera estarían actualizadas dichas tarifas a los precios de mercado actuales. Más si cabe teniendo en cuenta las tasas de inflación de los últimos dos años».*

Concluye afirmando que: *«la circunstancia de establecer un presupuesto y un valor de licitación por debajo de los costes del servicio a precio general de mercado, supone ir contra lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Y en concreto, supone la vulneración de sus Artículos 100, 101 y 102, dado que estos imponen a los órganos de contratación el deber de cuidar de que tanto el presupuesto base de licitación como el precio del contrato sean adecuados para el "efectivo cumplimiento del contrato" y al "precio general de mercado", teniendo en cuenta todos "los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos"; y, además, en los contratos en que el coste de los salarios formen parte del precio total del contrato, también "los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia."»*

Por lo anterior, solicita que se estime este motivo de recurso.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Afirma en su informe al recurso que en el informe de inicio del expediente de contratación, como parte integrante

de los propios pliegos, se indica explícitamente que el presupuesto de la licitación es adecuado a los precios de mercado (art.100 LCSP) y que no es necesario acudir a consultas preliminares de mercado (art. 115 LCSP) pues para los rendimientos de la mano de obra y la determinación de los precios se ha acudido a la disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP -Régimen jurídico de la *«Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.»* (TRAGSA)-. A su juicio, no tiene respaldo legal el que no se opte por aplicar las tarifas oficiales de TRAGSA. Es por eso por lo que en el propio pliego ya se explicita que el sistema de determinación del presupuesto base es tomando como referencia las tarifas oficiales de TRAGSA, lo cual implica que en las mismas ya quedan incluidos tanto los costes directos, como los indirectos y los eventuales. Asimismo, argumenta que TRAGSA es medio propio del órgano de contratación.

Visto todo lo expuesto, concluye, la aplicación de las tarifas oficiales supone el tener en cuenta todo tipo de costes que permiten configurar correctamente el presupuesto base de licitación y con mayor garantía jurídica sin necesidad de entrar en un detalle mucho más subjetivo.

Por todo lo anterior solicita la desestimación de este motivo de recurso.

3. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha reproducido el motivo del recurso va dirigido a cuestionar la configuración en el PCAP del presupuesto base de la licitación y del valor estimado. Argumentando, en primer lugar, que no existe el desglose legalmente exigido que permita a la recurrente poder comprobar que está correctamente y configurado y, en segundo lugar, que el presupuesto base de licitación no se ha determinado atendiendo a los precios actuales del mercado al basarse en las tarifas aprobadas para TRAGSA para el año 2020.

El órgano de contratación por su parte justifica que TRAGSA es un medio propio de la Diputación de Málaga y que nada obsta para que las tarifas aprobadas para el medio propio puedan ser usadas para la determinación del presupuesto base de licitación del presente contrato.

Pues bien, sobre lo anterior, y como indica el órgano de contratación nada impide, en principio, que el órgano de contratación pueda acudir a las tarifas de TRAGSA para determinar el presupuesto base de la licitación, sin embargo, queda claro que el uso de las citadas tarifas no puede conllevar la omisión de las obligaciones legalmente establecidas en la LCSP sobre la configuración en los pliegos del presupuesto base de licitación.

En primer lugar, hay que poner de relieve que, en el Libro Primero de la LCSP relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aplicable a todos los tipos contractuales, recoge la obligatoriedad de desglosar tanto el presupuesto base de licitación como el valor estimado de los contratos, en los siguientes términos.

En primer lugar, el artículo 100, referido al presupuesto base de licitación señala que: «*... el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación …»*. Por otro lado, el artículo 101, sobre el valor estimado en el apartado 2, señala 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».*

Finalmente, el artículo 102.3 de la LCSP señala que «*Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios».*

Existe, por tanto, la necesidad de justificar el cálculo de estos importes, de tal manera que se adecúen a la realidad. Igualmente existe la obligatoriedad de desglosar los elementos que integran el importe de cada uno de esos conceptos económicos, como expresión transparente de sus componentes y costes respectivos. Se trata de normas de aplicación general a todos los contratos que celebren las entidades del sector público.

Para calcular el valor estimado de los contratos deben tenerse en cuenta los costes derivados de la aplicación de las normas laborales; los costes derivados de la ejecución material de la prestación; los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

Por un lado, la recurrente indica que no se establece el desglose correspondiente de cada uno de los siguientes conceptos: costes directos, indirectos, gastos generales, beneficio industrial e IVA.

Sobre esta cuestión procede indicar que el desglose es entre las partidas indicadas, no estando legalmente exigido, a su vez, un desglose individualizado de cada una de las mismas. Es decir, es necesario que figure la partida correspondiente a los gastos generales, pero no se exige que dicha partida deba ser a su vez desglosada. Así lo ha indicado este Tribunal en otras ocasiones, por ejemplo, en las Resoluciones 136/2022, de 18 de febrero y 610/2022, de 30 de diciembre.

Pues bien, se aprecia que en el anexo I del PCAP sí se desglosa por lotes entre costes directos, indirectos -que se indica que ascienden a cero euros-, gastos generales, beneficio industrial e IVA. Por lo que no procede dar la razón a la recurrente sobre esta cuestión.

Sin embargo, en citado anexo I del PCAP se menciona de forma previa al desglose de partidas lo siguiente: *«En esta licitación se toman como referencia las tarifas oficiales de TRAGSA, lo cual supone que en las mismas ya quedan incluidos tanto los costes directos, como los indirectos y los eventuales. Por otro lado, no es posible desagregar por género a las personas que vayan a ser empleadas. Dado que prácticamente todo la imputación sería a costes directos».* De esta afirmación se deduce, por un lado, la existencia de determinados costes indirectos no recogidos en el desglose, que se encuentran subsumidos en la partida de los costes directos y, por otro, el convencimiento erróneo del órgano de contratación de que al usar las tarifas de TRAGSA no resulta necesaria la individualización, lo que como indicamos sí constituye una infracción del artículo 100.2 de la LCSP, que exige que se desagreguen los costes, entre otros, en directos e indirectos. Exigencia que como argumentamos, no puede verse eximida por el hecho de que el órgano de contratación lo calcule con base a las citadas tarifas, en tanto que dicha actuación carece de amparo legal.

En la línea de lo anteriormente argumentado, el propio artículo 100.2 de la LCSP establece que *«En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, 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»*, tampoco, como indica la recurrente se indica el desglose de los costes de personal atendiendo al convenio colectivo de referencia, exigencia que no puede ser omitida por el uso de las tarifas, ya que como con buen criterio defiende la recurrente

esta forma de calcular el presupuesto base de licitación le priva de la posibilidad de poder comprobar si los costes laborales son adecuados a los precios de mercado en lo términos exigidos por el aludido artículo 100.2 de la LCSP.

La carencia del desglose anteriormente mencionado provoca que este Tribunal no pueda pronunciarse con relación a la segunda alegación de este motivo de recurso en el que ASEJA argumenta que el presupuesto base de licitación no se ha fijado atendiendo a precios de mercado, dado que se desconocen los cálculos realizados para la fijación del mismo. Sí procede indicar como mero dato indiciario que el procedimiento ha tenido una concurrencia de 6 licitadores.

Por tanto, a la vista de todo lo anteriormente argumentado procede la estimación de este motivo de recurso.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación 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 pliego de cláusulas administrativas particulares 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA),** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato denominado «Mantenimiento de la Gran Senda de Málaga GR 249, sus variantes y equipamientos mediante prácticas más respetuosas con el Medio Ambiente (3 lotes) de la Excma. Diputación Provincial de Málaga» (Expte. SERV.- 020/2022), promovido por la Diputación de Málaga y, en consecuencia, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 23 de enero de 2023.

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.