**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA DIPUTACIÓN DE GRANADA**

Núm. de recurso: 11/2016, 12/2016 y 13/2016

Recurrente: TU MAYOR AMIGO, S.L.,
INEPRODES, S.L.
IRIS, SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U.

Recurrido: AYUNTAMIENTO DE CORTES DE BAZA

Ponente Sr.: D. José Miguel Carbonero Gallardo

R E S O L U C I Ó N N.º: 10/2016

En Granada, a 6 de octubre de 2016.

VISTOS los recursos interpuestos por D. Manuel Alonso Hevia, en representación de TU MAYOR AMIGO, S.L., D. Miguel Tienda Ruiz, en representación de INEPRODES, S.L., y D. Miguel Ángel Hernández de la Plata, en representación de IRIS, SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) aprobado por el ayuntamiento de Cortes de Baza para adjudicar el servicio de ayuda a domicilio.

Apreciando la coincidencia tanto del objeto de los recursos como del órgano de contratación titular del expediente administrativo, conforme al artículo 10 de su Reglamento regulador, este Tribunal ha acordado la admisión de los tres recursos y su acumulación para resolverlos conjuntamente.

Este Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El ayuntamiento de Cortes de Baza convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia nº 143, de 28 de julio, licitación para contratar el servicio de ayuda a domicilio.

Segundo: Contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se han interpuesto los siguientes recursos especiales en materia de contratación: D. Miguel Ángel

Hernández de la Plata, en representación de IRIS, SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U. y D. Manuel Alonso Hevia, en representación de TU MAYOR AMIGO, S.L. mediante correo postal certificado en fecha 12 de agosto; y D. Miguel Tienda Ruiz, en representación de INEPRODES, S.L., mediante burofax, dirigidos todos ellos al Ayuntamiento de Cortes de Baza.

Tercero: El Ayuntamiento de Cortes de Baza remitió los recursos así como el expediente administrativo y su informe a este Tribunal Provincial de Contratación Pública de la Diputación de Granada, mediante oficio de 29 de agosto, solicitando la asistencia en esta materia conforme al artículo 10 del Reglamento Provincial que lo regula (B.O.P. núm. 250, de 31 de diciembre de 2012), a la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y al Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

Cuarto: Concedido trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, conforme a lo previsto en el art. 46.3 TRLCSP, no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los recursos se interponen contra el PCAP que rige la licitación del contrato, aprobado y convocada respectivamente por el Ayuntamiento de Cortes de Baza. En primer lugar, hay que afirmar la competencia de este Tribunal para conocer de tales recursos, por aplicación de los artículos 2.1.b) y 3 de su Reglamento regulador, en consonancia con el sistema de competencias para resolver tales recursos establecido por la legislación básica estatal y el Decreto andaluz citado en los antecedentes.

SEGUNDO: En cuanto al recurso interpuesto por D. M.A.H., su representación respecto de TU MAYOR AMIGO, SL, queda acreditada mediante escritura de poder; D. M.T.R. y D. M.A.H.P. acreditan su representación como Administradores únicos de INEPRODES, SL y de IRIS, SLU, respectivamente. Las tres mercantiles acreditan su condición de interesados en la licitación. Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, al tratarse de personas jurídicas que por su objeto social, sus derechos o intereses legítimos, son sujetos interesados en el procedimiento de licitación abierto.

TERCERO: El PCAP puede suscitar confusión respecto de la calificación del contrato, pues se titula "*gestión indirecta mediante concierto del servicio público de ayuda a domicilio...*". Sin embargo, su cláusula segunda, a pesar de principiar aludiendo a "*la naturaleza económica del servicio, susceptibilidad de explotación y transferencia de riesgos*", lo cual pareciera que conduce a la calificación que anuncia aquel título, culmina con la afirmación de que "*el contrato se califica como ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS, tal como se define en el art. 10 TRLCSP, encuadrándose en la categoría 25 del Anexo I*". Este Tribunal, a la vista del expediente, considera también que la calificación correcta de este contrato es la de servicios, y recuerda la importancia de que los pliegos y resto de documentación que rigen

las licitaciones sean lo más claros posibles para no inducir a confusión que nunca podrá ir en perjuicio de los licitadores.

Son contratos de servicios susceptibles de recurso especial en materia de contratación aquellos comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros (art. 40.1.b) TRLCSP). El expediente en cuestión no explicita el valor estimado del contrato a celebrar, pero basta poner en relación varias de sus magnitudes para, por vía indirecta, deducir que se supera aquel umbral: así, según la cláusula primera, *“el montante anual, es contingente y variable, teniéndose como referencia 25.163 horas que fueron reconocidas en 2015”*; la cláusula octava, apartado B) expresa el tipo de licitación en 11,54 euros/hora, IVA excluido, como precio unitario; la garantía definitiva exigida es de 6.000 euros (cláusula novena); y la duración del contrato es de seis años.

Por último, el acto impugnado es susceptible de recurso especial, pues conforme al artículo 40.2.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), lo son los pliegos. Contra el de cláusulas administrativas particulares se dirigen los tres recursos ahora acumulados en esta Resolución.

Los recursos han sido interpuestos dentro de plazo, pues conforme al artículo 44 TRLCSP, cuando aquellos se interponen contra el contenido de los pliegos, el plazo para hacerlo es de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que fueron puestos a disposición de los licitadores, siendo así que los pliegos de esta licitación se publicaron en el boletín oficial el día 28 de julio de 2016, y los recursos se interpusieron el día 12 de agosto; antes, pues, de que expirase el plazo legal.

CUARTO: TU MAYOR AMIGO, S.L. impugna el criterio de adjudicación contenido en la cláusula 16.1.A) del PCAP, que dentro de un global proyecto técnico del servicio a presentar por los licitadores y susceptible de obtener un máximo de 60 puntos, se tipifica así: *“Por cada año de experiencia de cada trabajador/a que conforma la empresa en el desempeño del puesto de Auxiliar de Ayuda a Domicilio se le otorgará 0,5 puntos con el límite de 15 puntos”*. La recurrente aduce que tal criterio sólo podría tenerse en cuenta en la valoración de la capacidad de la empresa pero no en los criterios de adjudicación, citando en apoyo de su impugnación diversa jurisprudencia y doctrina consultiva y de tribunales administrativos.

No obstante, es preciso analizar este concreto subcriterio bajo el régimen jurídico vigente. Y es que el artículo 67.2.b) de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE (DCP), contempla la posibilidad de incluir como criterio de adjudicación *“la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato”*. Este precepto debe considerarse de aplicación por efecto directo de la Directiva una vez transcurrido el plazo para su transposición al derecho interno, y supone una importante novedad respecto de la regulación comunitaria anterior. No se trata de que la experiencia de las empresas pueda ser un criterio de adjudicación sin más, sino de permitir que la

experiencia del concreto personal con que contarán las empresas para ejecutar el contrato, proporcionen al órgano de contratación una evidencia más de la calidad con la que se cumplirá el mismo. Es conveniente tener en cuenta que la utilización de la experiencia del personal como criterio de adjudicación es admisible siempre que su calidad afecte de manera significativa a la ejecución del contrato. Ello debe ser analizado por el órgano de contratación antes de su inclusión en el pliego, teniendo presente también la referencia interpretativa que ofrece el Considerando 94 de la DCP, al decir que *“los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad”*. No se hallan en el expediente de contratación, o sólo aparecen de forma tenue, los extremos que la Directiva exige para utilizar estos criterios y que acabamos de transcribir.

Por otra parte, el propio Considerando alude a que el uso de criterios de esta índole puede ser apropiado, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. El hecho de que se sugieran este tipo de contratos sólo a modo ejemplificativo, hace que no podamos descartar la idoneidad para otros. Conviene traer aquí las palabras de la STUE 26 de marzo de 2015, asunto C-601/2013, que conecta con el régimen actual aunque la Directiva vigente cuando surgió el litigio era la 2004/18/UE, y que admitió la valoración como criterio de adjudicación de los efectivos y la experiencia de las personas que constituyen el equipo particular que, de manera concreta, debe ejecutar el contrato. El supuesto resuelto por el TUE se refería a un contrato de servicios de formación y consultoría, pues resulta constatable que *“la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación. Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual...”* Tratándose en el caso que nos ocupa de un servicio a personas con necesidades especiales, no parece errado pensar que la calidad del personal con experiencia puede afectar de manera significativa a la calidad de la ejecución del contrato de ayuda domiciliaria. A falta de más elementos interpretativos de la nueva norma, en principio y por sí solo, el uso de este subcriterio por parte del Ayuntamiento de Cortes de Baza no tendría por qué ser contrario a derecho. Sin embargo, hemos de estar también al motivo de recurso que se aborda en el siguiente fundamento jurídico.

QUINTO: INEPRODES, SL dirige su impugnación también contra los criterios de adjudicación. Concretamente solicita la nulidad del apartado dieciséis, subapartado 1, en tanto que en la valoración del proyecto técnico del servicio a presentar por los licitadores, según el PCAP *“se ponderará teniendo en cuenta la adecuación de los servicios a prestar, su organización, y el poder de dirección frente a los prestadores del servicio, ponderándose de forma positiva la vinculación entre la titularidad de la empresa y el prestador de forma que sea coincidente la responsabilidad de dirección con el prestador del servicio a fin de garantizar una estabilidad en aquellos con una repercusión directa en la relación prestador/usuario (0 a 25 puntos). Especialmente se tendrán en cuenta la contribución de la empresa al desarrollo social y*

económico de la zona aumentando las posibilidades de empleo del municipio, diversificando la actividad económica y generando empleo entre el colectivo femenino:

A) Por cada año de experiencia de cada trabajador/a que conforma la empresa en el desempeño del puesto de Auxiliar de Ayuda a Domicilio se le otorgará 0,5 puntos con el límite de 15 puntos.”

Respecto del primer párrafo transcrito, la recurrente esgrime que la vinculación entre el titular de la empresa y el prestador del servicio puede interpretarse como beneficiar a empresas tipo cooperativas de interés social en los que la figura del titular de la empresa y el prestador del servicio pueda coincidir (prestando directamente el servicio la figura del titular de la empresa), frente a las demás que no lo son, con lo que se discrimina y se vulnera el principio de igualdad.

El TRLCSP parte de la premisa de que pueden contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas (art. 54.1). Efectivamente y a partir de ella, es reiterado que los órganos de contratación no pueden a través de sus pliegos, imponer o primar formas societarias concretas; ello contraviene el mencionado art. 54.1 TRLCSP, no está relacionado con la mejor forma de ejecutar los contratos, y restringe la concurrencia. En este sentido lo interpretaron la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 6/97, de 20 de marzo, y la STUE 14 de enero de 2016; y este propio Tribunal en su Resolución 2/2015.

Respecto de la valoración de la experiencia del personal, este Fundamento Jurídico Quinto conecta con el que le precede. INEPRODES, SL alega que la única empresa que puede beneficiarse de la máxima puntuación es la actual prestataria del servicio (afirmación que no puede admitirse sin más por este Tribunal), *“que es la única que cuenta con experiencia de trabajadores/as en el desempeño del puesto de auxiliar de ayuda a domicilio en la zona”*. Ciertamente, el PCAP no establece el criterio en estos términos directos: puntuación de experiencia del personal en la zona. Pero no es menos cierto que la redacción de la cláusula pone en relación la puntuación de la experiencia del personal con el municipio. Y son nulos aquellos criterios basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o domicilio del órgano de contratación. Es decir, están prohibidas como criterio de adjudicación las denominadas cláusulas de “arraigo local”. La JCCA ya expresó en su informe 9/2009, de 9 de febrero, que no pueden ser utilizadas como condición de aptitud ni como criterio de adjudicación el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa. Y parecida cuestión es la informada por la JCCA respecto de la contratación de trabajadores desempleados, concluyendo que *“No es admisible, de conformidad con el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 150.1 TRLCSP), el establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios de adjudicación que valoren el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratará para la ejecución del contrato... Resulta admisible, al amparo del artículo 102 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 118 TRLCSP), el establecimiento de condiciones de ejecución que*

favorezcan la lucha contra el desempleo siempre que no incurran en discriminación” (informe JCCA 12/2011, de 28 de octubre). Es copiosa también la doctrina jurisprudencial y consultiva, así como de los Tribunales Administrativos que así lo declaran. Baste, por último, acudir a la Resolución nº 967/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), con cita de otras muchas anteriores.

Procede, por lo tanto, declarar la nulidad de la cláusula 16.1 del PCAP.

SEXTO: IRIS, Servicios a la comunidad, SLU solicita la modificación de los pliegos en lo referido al anexo de trabajadores subrogables por considerar que la relación es incorrecta, ya que respecto de dos de las personas que aparecen en él no se especifica su antigüedad y eso le hace presumir a la recurrente que son administradores de la sociedad, y por lo tanto incumplen con las condiciones para ser subrogadas en su caso.

Sobre la cuestión de la subrogación laboral, el precepto de referencia es el artículo 120 TRLCSP “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”, según el cual, *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. 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 éste”*. A esta se contrae la obligación del órgano de contratación en esta cuestión, pues en todo lo demás, la subrogación en los contratos de trabajo preexistentes es una cuestión de derecho laboral, deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo aplicable al sector de actividad, y atañe a las empresas saliente y entrante. La JCCA ha reiterado desde antiguo que lo que corresponde al órgano de contratación es el deber de poner a disposición de los licitadores la información proporcionada por el contratista preexistente (Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, entre otros). Efectivamente, los licitadores deben conocer toda la información relevante para analizar el coste del contrato y elaborar cabalmente su oferta; en palabras de la Resolución núm. 66/2012 TACRC, ha de ponerse a disposición de los licitadores *“la información necesaria para que los licitadores aplicando los costes salariales del convenio colectivo en vigor conozcan la retribución que deben satisfacer a los trabajadores en los que se deben subrogar, así como en su caso las posibles indemnizaciones a pagar con motivo de la reducción de horas en la prestación del servicio...”*. La obligación de información en orden a la subrogación tiene una vertiente formal (acompañamiento de los datos correspondientes) y otra material (que tal información sea suficiente y veraz), y aunque en puridad la responsabilidad de esta última no puede atribuirse al órgano de contratación, debe cuidar en lo posible de que se cumpla, pues las deficiencias en el mismo pueden perjudicar al procedimiento de adjudicación (TACPCM 82/2011). En definitiva, aun no siendo imputable al Ayuntamiento el posible error, y admitiendo que la titular, mejor conocedora, y responsable de la fiabilidad de la información es la empresa actualmente contratista, en la medida que le resulte posible el órgano de contratación debe siempre procurar que la información que proporcione a los licitadores

como complementaria a los pliegos sea veraz y suficiente, y así deberá hacerlo en la próxima convocatoria del contrato, anulada esta por los motivos ya expuestos en el anterior fundamento jurídico.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar los recursos interpuestos por TU MAYOR AMIGO, S.L. y por INEPRODES, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el procedimiento para la adjudicación del “servicio de ayuda a domicilio”, convocado por el Ayuntamiento de Cortes de Baza, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 31 de mayo de 2016, dejándolo sin efecto por incurrir en nulidad de pleno derecho conforme a lo indicado en el Fundamento Jurídico Quinto de esta Resolución.

SEGUNDO. Desestimar el recurso interpuesto por IRIS Servicios a la comunidad, S.L.U. por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Sexto, y declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el art. 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Requerir al Ayuntamiento de Cortes de Baza para que comunique formalmente a este Tribunal el cumplimiento de la presente Resolución.

CUARTO. Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento. Esta resolución es directamente ejecutiva y contra la misma sólo cabe 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 al de la recepción de la notificación de esta resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público y en los artículos 10.1 k) y l) y 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.