

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA DIPUTACIÓN DE GRANADA

Núm. de recurso: 11/2017 y 12/17

Recurrentes: IRIS SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U. Y
CLECE, S.A.

Recurrida: AYUNTAMIENTO DE PEDRO MARTÍNEZ

RESOLUCIÓN N.º: 4/2018

En Granada, a 5 de febrero de 2018,

VISTO el recurso interpuesto por 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 Pedro Martínez para adjudicar el Servicio de Ayuda a Domicilio.

VISTO el recurso interpuesto por D. José Javier Valderas Alvarado, en representación de CLECE, S.A., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) aprobado por el ayuntamiento de Pedro Martínez para adjudicar el Servicio de Ayuda a Domicilio.

Este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado el acuerdo de acumular ambos recursos en vista de la identidad de objeto, y la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El ayuntamiento de Pedro Martínez convocó licitación para contratar el servicio de ayuda a domicilio (BOP 15 de noviembre de 2017).

Segundo: IRIS SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U., interpone recurso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), anunciado mediante remisión por correo postal el mismo día 15 de noviembre, y formalizado con la presentación por la misma vía el 29 de noviembre, siendo recibido el 1 de diciembre.

CLECE, S.A. interpone recurso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), presentado ante el órgano de contratación el día 7 de diciembre.

Tercero: El Ayuntamiento de Pedro Martínez, adherido al Tribunal Provincial de Contratación Pública de la Diputación de Granada, remitió a éste el expediente administrativo el día 22 de diciembre, y el respectivo informe el día 9 de enero, correspondiendo a dicho órgano la resolución los recursos conforme a los artículos 3 y 10 del Reglamento Provincial que lo regula (B.O.P. núm. 250, de 31 de diciembre de 2012) y 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: Se ha concedido trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, conforme a lo previsto en el art. 46.3 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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.P., su representación respecto de IRIS SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U., queda acreditada mediante escritura pública en la que se le nombra Administrador único con facultades para ello. En cuanto al recurso interpuesto por D. J.J.V.A., su representación respecto de CLECE, S.A., queda acreditada mediante escritura pública en la que se le concede poder suficiente para ello. Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP. Aunque no han presentado oferta para esta convocatoria, tienen interés en el contrato pero no han concurrido precisamente por considerar que algunas cláusulas son nulas. El objeto social de las recurrentes muestra que sus giros o tráficos mercantiles están relacionados con el sector al que corresponde el contrato, y las doctrinas jurisprudencial y de los tribunales administrativos de recursos acogen un concepto amplio de legitimación en estos casos. Por ejemplo, la STS 20 de julio de 2005: *“la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado”*.

TERCERO.- El contrato no está claramente calificado por el PCAP. Cabe entender que lo esté como contrato de servicios. 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 pliego de cláusulas administrativas particulares no expresa el valor estimado del contrato, sino solo su presupuesto anual de 238.000 euros (IVA excluido); y el anuncio de licitación expresa esa misma cifra como valor estimado; evidentemente ello no es

correcto conforme al art. 88 TRLCSP que establece la forma de calcular el valor estimado. Pero la duración del contrato es de cuatro años e incluso la cláusula 5 del PCAP alude a la posibilidad de prórrogas (aunque sin concretarlas), luego es obvio que el valor estimado supera con creces el umbral para estar sometido al régimen del recurso especial en materia de contratación.

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 que rigen licitación.

Los recursos han sido interpuestos dentro de plazo, pues conforme al artículo 44.2, tratándose de recurso contra el pliego, el plazo para hacerlo es de quince días hábiles contados *“a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”*.

CUARTO.- IRIS SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U., solicita la declaración de nulidad de criterios de adjudicación del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación, con retroacción al momento de aprobación del mismo.

Los motivos de impugnación son, resumidamente, los dos siguientes: el primero expone que la cláusula 6ª del PCAP establece como criterio de valoración *“subjetiva”*, un proyecto de gestión y explotación, valorable con un máximo de 10 puntos, que sin embargo se subdivide a su vez en dos subcriterios valorables con otro máximo de 10 puntos cada uno. Esto, evidentemente, debe tratarse de un error que debe ser corregido por el órgano de contratación.

El segundo y principal motivo se refiere al criterio de adjudicación establecido en estos por la mencionada cláusula 6ª en estos términos: *“B.IV) Por experiencia en el sector (máximo 4 puntos): 0,5 puntos por cada año de experiencia en el sector”*. Resumidamente, como decimos, el recurrente se muestra disconforme con la utilización de la experiencia como criterio de adjudicación. Invoca jurisprudencia y doctrina administrativa respecto de la fase del procedimiento de contratación en la que puede operar cada requisito.

Por su parte, el ayuntamiento, en su informe al recurso, sostiene que la legislación vigente no prohíbe el uso de la experiencia como mérito para la adjudicación del contrato. Invoca la Directiva 2014/24/UE y la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Añade que el criterio establecido por el PCAP hay que interpretarlo en el sentido de que *“lo que se pretende con la inclusión de ese criterio de valoración, no es otra cosa que garantizar un eficaz servicio a los ciudadanos en una materia tan delicada como la prestación de ese servicio esencial a la comunidad y concretamente al sector más desvalido y necesitado de atención especializada”*

QUINTO.- Este Tribunal, al igual que otros Tribunales administrativos, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y órganos consultivos, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el empleo de criterios de adjudicación que valoren la experiencia.

Resulta oportuno reproducir aquí el Fundamento jurídico quinto de nuestra Resolución 1/2017, de 27 de enero:

<<Respecto del “conocimiento y experiencia demostrada de las condiciones sociosanitarias de la población de Cúllar”, también es preciso traer aquí algunas consideraciones ya expresadas en anteriores Resoluciones respecto de la experiencia como criterio de adjudicación. 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 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 de modo ejemplar, hace que no

podamos descartar su idoneidad para otros. Conviene traer aquí las palabras de la STUE, de 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 criterio por parte del Ayuntamiento de Cúllar no tendría por qué ser contrario a derecho siempre que el expediente contuviera las justificaciones dichas, quedando claro que la experiencia se refiriese al personal que efectivamente prestará el servicio.

Pero, aunque ello fuera así, que no lo es, lo que no es ajustado al derecho de la contratación pública es la valoración del conocimiento y experiencia respecto de las condiciones sociosanitarias, referida estrictamente a la población de Cúllar. Esta restricción del ámbito geográfico del propio municipio no está justificada y difícilmente resulta justificable. Por peculiares que tales condiciones sociosanitarias puedan ser para el órgano de contratación, es seguro que son similares a las de otros muchos municipios de nuestro entorno próximo o no tan próximo. Y, por lo tanto, esta cláusula impide obtener su puntuación a otras empresas que trabajan en el mismo sector de forma injustificadamente limitadora de la competencia. En este sentido, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 2/2011, de 6 de abril, o el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM) número 57/2012, de 13 de junio. Debemos declarar, por ello, nula este criterio de adjudicación contenido en la cláusula 39ª.1”.>>

SEXTO.- Aplicado lo anterior al caso ahora recurrido, sólo cabe añadir algunas consideraciones. Ciertamente la redacción de la cláusula del PCAP de Pedro Martínez no es la misma que la de aquella Resolución 1/2017. Pero el sentido sí lo es. El criterio de adjudicación ahora impugnado se formula concisamente como “*experiencia en el sector*”. Esa mera formulación no permite entender que lo que se pretende valorar son los aspectos

que ahora permite la Directiva 2014/24/UE y la LCSP 2017; más bien dan a entender lo contrario: que lo que se va a valorar es la experiencia de las empresas. De entrada, los criterios de adjudicación y en general las cláusulas de los pliegos, deben ser lo suficientemente claros y su ambigüedad o falta de claridad pueden dar lugar a su anulación. Y el criterio impugnado incurre, como mínimo, en eso. Pero decimos que más bien induce a pensar que lo que se puntúa es la experiencia de las empresas porque de no ser así, y estar dirigido a la valoración de los profesionales que efectivamente van a ejecutar el contrato, haría una mínima mención a ello y además detallaría cómo se va a asignar la puntuación a cada uno de los profesionales ofertados por los licitadores, y no genéricamente “0,5 puntos por cada año de experiencia en el sector”, como reza la cláusula.

Pero es que, además, y como dijimos en aquella Resolución 1/2017, la motivación del uso de la experiencia como criterio de adjudicación es fundamental para su validez. Todos los criterios de adjudicación deben ser motivados (ahora lo exige expresamente el art. 116.4.b LCSP), pero este debe serlo en particular, pues como hemos visto, la Directiva 2014/24/UE admite la experiencia como criterio pero de modo matizado; es decir, en ciertas condiciones e incluso ejemplificando tipos de contratos para los que puede ser apropiado. En esa misma línea, con todos sus matices, es en la que el art. 145.2 LCSP admite que “*los criterios de adjudicación que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: .../... 2.º 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*”.

Por todo lo anterior, y concluyendo: no es descartable que se pueda establecer un criterio cualitativo de adjudicación vinculado al objeto del contrato que incluya como aspecto social la experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo. Pero el criterio debe ser suficientemente justificado y formulado de forma clara.

Procede, por lo tanto, estimar el motivo de recurso.

SÉPTIMO.- CLECE, S.A., esgrime que inicialmente el ayuntamiento no publicó ninguna información relativa a la subrogación en contratos de trabajo, aunque reconoce que posteriormente sí lo hizo y amplió el plazo de licitación.

De modo que la recurrente concreta sólo como motivo de su impugnación el siguiente: solicita la declaración de nulidad del PCAP porque considera que el presupuesto de licitación no es suficiente para cubrir los costes laborales. Para ello, aporta su propio estudio económico y reproduce numerosa doctrina de tribunales administrativos que reiteran la necesaria suficiencia del precio de los contratos respecto del valor real de mercado y particularmente, de los costes laborales y salariales derivados de los convenios colectivos que resulten aplicables.

Por su parte, el ayuntamiento, en su informe al recurso, se limita a decir que respecto de la valoración económica se remiten a la valoración realizada por la Diputación Provincial, y que según la información publicada en distintos medios, los contratos adjudicados a la recurrente lo han sido por precio inferior a propuesta de la misma.

OCTAVO.- Aunque finalmente la recurrente no lo confirmó como motivo de recurso, creemos conveniente hacer algunas consideraciones a propósito de la obligación de información que el art. 120 TRLCSP impone al órgano de contratación respecto de la subrogación en contratos de trabajo.

Por una parte, debe quedar claro que la obligación del órgano de contratación se limita a la de ofrecer la información suficiente para que los licitadores puedan estudiar económicamente el contrato y elaborar sus ofertas. Ni los pliegos pueden, ni deben establecer la obligación de subrogarse en los contratos laborales. Esa obligación es una cuestión ajena a la contratación administrativa, y deriva del ordenamiento laboral. Es decir, habrá obligación de subrogación si así lo establecen los convenios colectivos aplicables, lo dijese o no los pliegos. Y en sentido contrario, si el convenio colectivo aplicable al contrato no establece la obligación de subrogación, esta no existirá aunque lo diga la cláusula de un pliego de contratación. Pero, y esto es importante, los pliegos que establecen la obligación de subrogación se extralimitan; exceden de su competencia. Y por ese exceso, si son objeto de recurso especial, los pliegos y sus correspondientes procedimientos son anulados por los Tribunales administrativos.

En el sentido de lo que acabamos de expresar, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (recurso 668/2016); la Resolución núm. 183/2017, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; y la Resolución núm. 76/2017, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Castilla y León. Esta última anuló la cláusula de un pliego que estableció literalmente la obligación del adjudicatario de asumir la subrogación del personal actualmente al servicio en los términos que resultan del convenio de aplicación. En palabras de esta recién mencionada Resolución: *“si bien el órgano de contratación alegó que el contenido de las cláusulas impugnadas lo eran a mero título informativo, lo cierto es que la literalidad de los pliegos no dejan lugar a dudas sobre la inclusión de la exigencia, impuesta al contratista, tanto del convenio colectivo aplicable como de la obligación de subrogación... extremos ambos que son cuestiones propias del ámbito laboral y no de la contratación del sector público. Por tanto, el órgano de contratación se ha extralimitado al incluir tal contenido en los pliegos, lo que conlleva que el recurso especial deba estimarse y, por tanto, suprimirse en aquellos la exigencia de la obligación de subrogación y la mención concreta al convenio colectivo estatal de seguridad, bastando con una mera referencia al convenio colectivo aplicable”*.

En los casos en que el contrato a licitar esté sometido a obligación de subrogación en los contratos de trabajo según el convenio laboral aplicable, el órgano de contratación debe limitarse a recabar la información suficiente del contratista actual, y publicarla en el propio pliego para que los licitadores dispongan de ella. Añadiendo la indicación de que la

información se incluye a efectos de cumplir con la obligación del art. 130 de la LCSP (norma vigente dentro de pocas fechas).

La información a publicar debe ser la suficiente para calcular el coste laboral del contrato (que es sólo uno de los capítulos del estudio económico global del contrato). Los órganos consultivos y tribunales administrativos han ido perfilando en los últimos años cuáles son los datos que deben publicarse para cumplir con la información suficiente. Actualmente no merece la pena recordar aquellos pronunciamientos, sino acudir al art. 130 de la LCSP y cumplir lo requerido por él: *“en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación”*.

Todo lo anterior tiene importancia porque la cláusula 16 del PCAP aprobado por el Ayuntamiento de Pedro Martínez establece también en términos imperativos la subrogación del adjudicatario, luego es conveniente que tenga en cuenta todo lo expuesto en este fundamento jurídico.

NOVENO.- Como quedó anticipado, solicita la declaración de nulidad del PCAP porque considera que el presupuesto de licitación no es suficiente para cubrir los costes laborales. Para ello, aporta su propio estudio económico y reproduce numerosa doctrina de tribunales administrativos que reiteran la necesaria suficiencia del precio de los contratos respecto del valor real de mercado y particularmente, de los costes laborales y salariales derivados de los convenios colectivos que resulten aplicables.

Consideramos oportuno reproducir aquí varios de los Fundamentos jurídicos que este Tribunal expresó en la Resolución 1/2017, de 27 de enero:

<<CUARTO.- ASADE solicita anulación del procedimiento de licitación, con base en su consideración de que el presupuesto de licitación es insuficiente. Concretamente, la cláusula 8ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se refiere al presupuesto base de licitación, estableciendo que “El tipo de licitación está constituido por el precio unitario hora que se retribuye al contratista por la prestación del servicio objeto del contrato y que es de once euros con cincuenta y cuatro céntimos (11,54 €) por hora de servicio, más cuarenta y seis céntimos de euro (0,46 €) correspondientes al IVA (4%). Las empresas que liciten deberán presentar un único tipo de licitación que corresponde al precio/hora del servicio de ayuda a domicilio en día laborable. En caso contrario quedarán excluidos del concurso. Las proposiciones indicarán, como partida independiente, el importe del I.V.A. Las ofertas se valorarán con exclusión del I.V.A. Por las implicaciones económicas y sociales del servicio y para mantener un mínimo de calidad asistencias (sic) de los beneficiarios y laboral de los empleados, serán rechazadas de plano las

ofertas económicas que estén por debajo de once euros con cincuenta y cuatro céntimos (11,54 €) por hora de servicio, más cuarenta y seis céntimos de euro (0,46 €) correspondientes al IVA (4%).

ASADE invoca también la cláusula 22ª, Derechos y obligaciones Recíprocas de la Corporación y el Contratista, según la cual el contratista está obligado a “Disponer de los medios personales y materiales idóneos y suficientes para la prestación del servicio, así como incrementarlos en caso de ampliación del servicio, asumiendo todos los costes derivados de la relación de dependencia de dicho personal”. Recuerda así mismo la obligación de cumplimiento de la normativa laboral, la de “subrogar al personal saliente de la anterior contrata por disposición, entre otros, del Artículo 70 del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal 2.012-2.013”.

Concluye ASADE que el servicio es inviable al precio de 11,54 €, aportando su propio estudio económico según el cual el coste total de la hora ascendería a 14,30 € (IVA excluido). Para la recurrente, al coste/hora del personal (11,82 €) habría que sumarle otros conceptos como costes directos, gastos generales o beneficio industrial.

QUINTO.- El Ayuntamiento de Cortes de Baza, en su informe a propósito del recurso especial interpuesto, opone que para “fijar el presupuesto de licitación ha señalado como referencia las horas facturadas en el año 2015, al ser algo variable y no fijo, y abonadas a un precio de 11,54 € más 0,46 € en concepto de IVA; estableciendo como precio el mismo (11,54 € más 0,46 € en concepto de IVA), habida cuenta que este Ayuntamiento debe abonar la cantidad señalada por hora en la Resolución de la Diputación Provincial de fecha 14 de Diciembre de 2011, que es la existente en vigor al día de la fecha, señalando <la actualización para el año 2012 del coste/hora por servicios de carácter profesional del Programa Provincial de Ayuda a Domicilio a 12,00 €>, misma cantidad que este Ayuntamiento recibe y abona a la empresa prestadora del servicio hasta tanto la misma no sea modificada por otra”.

SEXTO.- La controversia radica en el correcto cumplimiento del artículo 87 TRLCSP, relativo al precio de los contratos públicos. Este, en su apartado primero, establece que “en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. 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 de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) expuso en su Resolución 66/2012, que “la exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persiga la actuación administrativa”.

Y el artículo 87, relativo al valor estimado de los contratos, en su apartado 5, contiene una regla para su cálculo en contratos de servicios y suministros que tengan carácter de periodicidad, tomando para tales casos como base para el cálculo: “a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial”. Aunque como ya hemos dicho, los pliegos aprobados por el Ayuntamiento no expresan cuál es el valor estimado de este contrato. Lo que hacen tales pliegos es fijar unos precios unitarios por hora de trabajo (11,54 €, IVA excluido), y una cifra total de horas como referencia (25.163); ambos datos se basan en el precedente de 2015, según expresa el propio pliego de cláusulas administrativas y reitera el mencionado informe del órgano de contratación. En orden a apreciar si el precio de licitación ha sido o no correctamente fijado, puede ser relevante también el mantenimiento, la variación al alza o a la baja de las prestaciones (RTACRC 315/2013). En este caso, la convocatoria de licitación parte precisamente del mismo número de horas que el período anterior, según declara la primera cláusula del PCAP (25.163 horas), luego desde este punto de vista cabe presumir la suficiencia del precio de licitación.

Conforme reza el artículo 87.1 TRLCSP, es al órgano de contratación a quien corresponde cuidar que el precio sea adecuado. Por eso, por sí solo, no es justificación suficiente el argumento de que el Ayuntamiento abonará la cantidad que recibe de la Diputación según ésta aprobó anteriormente. El contrato es una relación bilateral, y quien es parte en el mismo como órgano de contratación es el Ayuntamiento. Por eso, es a este a quien le corresponde cumplir con todo lo que la normativa sobre contratación pública asigna a los órganos de contratación. El hecho de que la financiación del contrato provenga de otro ente público no exime al Ayuntamiento de cuidar la adecuación del precio, pues será esta Administración municipal la que habrá de asumir el pago de la prestación, en los términos que establece el TRLCSP; con independencia de que lo haga con fondos provenientes de otra Administración, e incluso con independencia de que estos fueran suficientes o no para hacer frente a las obligaciones económicas que deriven del contrato.

Y el otro argumento esgrimido por el Ayuntamiento es el haber tomado como referencia las horas facturadas en el año 2015, tratándose

de un contrato variable en cuanto al monto de la prestación y por lo tanto, al precio global abonado a la postre. Como hemos dicho, esta es una pauta que la propia Ley establece para estimar el valor de contratos que tengan carácter de periodicidad (art. 88.5 TRLCSP). También hay que recordar que esa pauta deviene igualmente insuficiente si no acierta reflejar el precio de mercado. Porque, como razonó la RTACRC 728/2014, tal artículo 88.5 TRLCSP “parte de la base de que el precio fijado para los anteriores contratos debe ser congruente con el valor ordinario de la prestación en el mercado y no .../... notablemente inferior al mismo”.

SÉPTIMO.- Resumidamente, la recurrente se basa en la insuficiencia del precio/hora de licitación para cubrir los costes laborales según convenio colectivo, a los que según ella habría que agregar otros conceptos para hacer viable el contrato.

La recurrente, ASADE, aporta un estudio económico con el que trata de justificar la insuficiencia del precio de licitación. Sin entrar en todos los detalles de ese estudio, algunas de sus afirmaciones son cuando menos discutibles. Dicho cálculo de costes salariales lo formula ASADE según Convenio colectivo (VI Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal) y concluye la recurrente que ascenderían a 11,82 €/hora (IVA excluido). Pero, por ejemplo, el concepto “desayuno” no se establece en el Convenio exactamente como expone ASADE, sino un período de descanso y sólo para aquellos casos en que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas. O igualmente dentro del grupo de conceptos salariales, suscita también dudas la aplicación que propone ASADE respecto de la repercusión de coordinación para cada 40.000 horas de servicio. A partir de tales costes salariales, ASADE añade una serie de gastos que admiten variación según cada empresario, y que además no forman parte del elemento nuclear del concepto valor de mercado, como corrobora el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 422/2016, de 27 de mayo. Entre ellos, los gastos generales y el beneficio industrial son cantidades variables según cada empresa, sin que quepa invocar el artículo 131 RGLCAP como hace ASADE, más que como referencia, pues este precepto atañe a la fijación del presupuesto de licitación de los contratos de obras, y en cualquier caso establece porcentajes susceptibles de rebajar por las ofertas de los licitadores según las posibilidades de cada uno de ellos. Igualmente discutible es la repercusión de costes de oficina por hora, pues se trata de un coste muy variable según las circunstancias de cada empresa. El recurso de ASADE y su estudio de costes no demuestra indubitadamente, pues, una insuficiencia notable del precio de licitación respecto de los precios de mercado. Recordemos nuevamente que el cálculo de los costes laborales arroja para la recurrente, un precio hora de

11,82 €, mientras el Ayuntamiento fijó el precio hora en 11,54 € (en ambos casos, IVA excluido).

Respecto de esta cuestión, es preciso tener en cuenta la doctrina construida por los órganos consultivos (véanse los informes 34/2001, de 13 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, y 4/2001, de 22 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Illes Balears) y Tribunales Administrativos. Entre estos últimos, la RTACRC nº 963/2015, reproduciendo otras anteriores, reiteró que “si bien los convenios colectivos del sector correspondientes no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato”. En el caso que nos ocupa, al igual que en aquel resuelto por el Tribunal Central, el coste del personal debió ser un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo del sector prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente. Y según la propia cláusula 8ª B) del PCAP aprobado por el Ayuntamiento, parece que tales obligaciones laborales no le son indiferentes, al expresar tras la fijación del tipo de licitación que “por las implicaciones económicas y sociales del servicio y para mantener un mínimo de calidad asistencias (sic) de los beneficiarios y laboral de los empleados, serán rechazadas de plano las ofertas económicas que estén por debajo de once euros con cincuenta y cuatro céntimos (11,54 €) por hora de servicio, más cuarenta y seis céntimos de euro (0,46 €) correspondientes al IVA (4%). Lo que viene corroborado por los criterios de adjudicación, según los cuales este precio no podrá ser rebajado (cláusula 16).

OCTAVO.- El supuesto que ahora resolvemos guarda algunas analogías con los recién mencionados y con otros, ya resueltos por el TACRC. Pero no puede afirmarse aquí que la recurrente demuestre nítidamente una notable insuficiencia del precio de licitación para cubrir los costes laborales del contrato. Y tampoco es menos cierto que el órgano de contratación, ni incorporó al expediente de contratación documento o estudio justificativo del precio de licitación, ni en el informe de respuesta al recurso de ASADE rebate o contradice pormenorizadamente las afirmaciones sobre aquella insuficiencia respecto de los costes laborales. Es decir, en este caso, los cálculos de ASADE puedan ser discutibles en algunos puntos, y el órgano de contratación no los ha discutido individualizadamente (en este sentido, RRTACRC 310/2012 ó 422/2016). Lo que no debe perderse de vista, recapitulando, es que los precios de licitación han de ser adecuados, atendiendo al precio general de mercado; y considerando para ello los costes laborales. Y que si hubiera una insuficiencia probada para cubrir

esos costes, el precio de licitación incurriría en inviabilidad para su correcto cumplimiento por parte del contratista.

Pero tiene importancia recordar la advertencia del TACRC, en su Resolución nº 1027/2016, ante un caso similar al presente. En ella, tras razonamientos ya expuestos en los fundamentos que preceden, ha destacado que esta materia (la suficiencia de los presupuestos de licitación respecto de los precios de mercado), “por definición, está sometida a las cambiantes vicisitudes del contrato y de la situación económica general, que el órgano de contratación haya elaborado un pliego con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato. Es perfectamente conforme al principio de uso eficiente de los recursos públicos que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta”.

Por último, debemos hacer también algunas consideraciones que conectan con el argumento de ASADE acerca de la obligación de subrogación del personal. Efectivamente, según expresa la recurrente, en este contrato opera la obligación de subrogación en los contratos laborales, según el convenio colectivo del sector. En este sentido, la Resolución nº 385/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, expresó que “en ningún caso el órgano de contratación está obligado a calcular el presupuesto de licitación en base a la totalidad de los trabajadores obligados a subrogar, sino en base a los que efectivamente estime que se van a adscribir a la prestación...son los principios de eficiencia, control del gasto y estabilidad presupuestaria, los que deben informar la decisión del órgano de contratación a la hora de fijar el presupuesto, no pudiendo dichos principios quedar condicionados por los gastos relativos a la subrogación de personal. Asimismo hemos de recordar con el órgano de contratación que la empresa que resulte adjudicataria podrá realizar los reajustes de plantilla en relación con los trabajadores contenidos en el Anexo X que estime sean necesarios de acuerdo con las horas que se demanden de acuerdo con la legislación laboral, puesto que el deber de subrogar al personal por parte de la adjudicataria no obliga a ésta a destinar a los trabajadores subrogados a la prestación del servicio adjudicado...”.>>

Lo razonado por este Tribunal en aquella Resolución 1/2017, de 27 de enero, no es exactamente igual pero guarda mucha similitud con el recurso de CLECE, S.A. y la licitación convocada por el Ayuntamiento de Pedro Martínez. No podemos obviar que dicha licitación queda anulada por la estimación de otros motivos de recurso contra el propio pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por eso, habida cuenta de la obligatoria retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la aprobación de pliegos y expediente, el órgano de contratación debe observar las exigencias legales respecto de la suficiencia económica del contrato proyectado. Luego cobran la mayor importancia, y deben ser tenidos en cuenta por el ayuntamiento los argumentos reproducidos en este Fundamento jurídico. Especialmente importante es cumplir las reglas de cálculo del valor estimado del contrato (art. 101 LCSP próximamente vigente, aunque en este particular refleja lo que ya están interpretando los Tribunales aun durante la vigencia del TRLCSP), entre las que destacan las siguientes (apartado 2): *“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. Asimismo deberán tenerse en cuenta: a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.../...”*

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrá especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”.

Por último, en orden a la buena preparación del expediente, es fundamental que el órgano de contratación cumpla con el art. 101.2 de la LCSP respecto de la cuantificación y justificación documental del presupuesto base de licitación: *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, 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. 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”.*

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 IRIS SERVICIOS A LA COMUNIDAD, S.L.U., y CLECE, S.A., contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del Servicio de Ayuda a Domicilio, aprobado y publicado por el ayuntamiento de Pedro Martínez, anulando el mismo y por lo tanto el procedimiento de licitación, que deberá retrotraerse hasta el momento anterior a su aprobación.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. 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.