

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

Núm. de recurso: 16/2016
Recurrente: ASADE
Recurrida: AYUNTAMIENTO DE CORTES DE BAZA

RESOLUCIÓN N.º: 2/2017

En Granada, a 10 de marzo de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. José María Hernández de Andrés, en representación de ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (en adelante, ASADE), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) aprobado por el ayuntamiento de Cortes de Baza para adjudicar el servicio de ayuda a domicilio (aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 21 de octubre de 2016).

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 208, de 31 de octubre de 2016, licitación para contratar el servicio de ayuda a domicilio.

SEGUNDO. Contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) ha interpuesto recurso especial en materia de contratación D. José María Hernández de Andrés, en representación de ASADE, mediante escrito presentado por correo postal certificado de fecha 14 de noviembre de 2016, dirigido al propio Ayuntamiento de Cortes de Baza.

TERCERO. El Ayuntamiento de Cortes de Baza remitió el recurso así como el expediente administrativo a este Tribunal Provincial de Contratación Pública de la

Diputación de Granada, mediante oficio el 18 de noviembre, 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) 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. 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.- El recurso se interpone 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. J.M.H.A., su representación respecto de ASADE, queda acreditada mediante escritura de poder. La Asociación es interesada en la licitación, a la vista de los fines que persigue según sus Estatutos. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, al tratarse de persona jurídica que por su objeto social, sus derechos o intereses legítimos, son sujetos interesados en el procedimiento de licitación abierto.

TERCERO.- El contrato está calificado por el PCAP 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 expediente en cuestión no explicita el valor estimado del contrato a celebrar, deficiencia que ya fue puesta de manifiesto por este Tribunal en la anterior convocatoria de este mismo contrato y ayuntamiento. Aunque 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 dirige el recurso interpuesto.

El recurso ha sido interpuesto 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 31 de octubre de 2016. ASADE dirigió el recurso al Ayuntamiento mediante correo postal certificado el 14 de noviembre de 2016, y el Ayuntamiento lo redirigió a este Tribunal mediante oficio 21 18 de noviembre. Por lo tanto, el recurso tuvo entrada efectiva (RTACRC 963/2015) en los registros del órgano de contratación y del Tribunal competente para resolverlo, antes de que finalizara aquel plazo del artículo 44 TRLCSP.

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..."*.

Pero, con todo ello, la recurrente no ha probado que el precio fijado en los pliegos de la licitación sean manifiestamente insuficientes con relación a los precios de mercado, más allá de que su estudio de costes estima el coste laboral del precio/hora en veintiocho céntimos más que el establecido por el Ayuntamiento.

A mayor abundamiento de todo lo anterior, y como tienen también en cuenta algunas de las Resoluciones mencionadas en estos fundamentos jurídicos, a la licitación convocada por el Ayuntamiento de Cortes de Baza han presentado oferta ocho empresas, que en principio han considerado suficiente el precio de licitación establecido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) 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 24 de octubre de 2016.

La presente Resolución es directamente ejecutiva conforme al artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 su notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del mencionado Texto Refundido, 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.