



Recurso nº 370/2018 Comunidad Valenciana 95/2018

Resolución nº 489/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 18 de mayo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.J.M.G., en nombre y representación de PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L., contra la resolución de 13 de marzo de 2018 del presidente de la Mancomunitat de Municipis de la Safor (en adelante la Mancomunitat) aprobando el pliego de cláusulas administrativas particulares de contrato de "*Servicio público de ayuda a domicilio de la Mancomunitat de Municipis de la Safor*".

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por resolución del presidente de la Mancomunitat de 20 de febrero de 2018 se inició la tramitación del expediente para la contratación del servicio público de ayuda a domicilio.

Segundo. Mediante resolución de la Presidencia de la Mancomunitat de 13 de marzo de 2018 se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares aplicables al contrato indicado en el ordinal anterior.

Tercero. El pleno de la Mancomunitat aprobó el 6 de marzo de 2018 acordó la convocatoria del procedimiento para la contratación del servicio público de ayuda a domicilio.



Dicha resolución fue publicada en el Boletín Oficial de la provincia de Valencia el 13 de marzo de 2018, publicándose en dicho medio el 15 de marzo de 2018 una rectificación de errores. El anuncio fue también publicado en el perfil del contratante de la Mancomunitat.

Cuarto. El presente recurso fue presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 6 de abril de 2018.

De conformidad con 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 lo sucesivo LCSP) no se presentó anuncio precio ante el órgano de contratación al haber dejado de ser preceptivo dicho trámite.

Quinto. Presentado el recurso se dio traslado a la Mancomunitat por quien se emitió informe interesando la desestimación del recurso.

Sexto. Con fecha 16 de abril, la Secretaría del Tribunal dio traslado al restante licitador para que alegara lo que a su derecho conviniera, trámite del que no hizo uso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 de la LCSP y al art. 3 del Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013 (BOE 17 de abril de 2013), prorrogado por resolución de 3 de marzo de 2016 (BOE de 21 de marzo de 2016).

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la citada LCPS a cuyo tenor: *“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”.

Así, examinado su objeto social se comprueba que en el mismo figura la actividad a que se refiere el presente contrato.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.b) TRLCSP por ser un contrato de servicios licitado por una Administración Pública y de cuantía superior a 100.000 euros.

Por su parte, el acto objeto del recurso los pliegos contractuales actos cuya posibilidad de impugnar está expresamente recogida en el artículo 44.2.a) LCSP.

Quinto. Como primer motivo del recurso protesta PROTECCIÓN GERIATRICA 2005, SL que el PCAP indique como norma aplicable a la licitación el TRLCSP cuando, al haberse publicado el anuncio el 13 de marzo de 2018, le resulta aplicable la Ley 9/2017, de 8 de octubre (LCSP).

Replica el órgano de contratación en su informe que los pliegos fueron aprobados el 6 de marzo de 2018 cuando aún estaba vigente el TRLCSP y *“solamente una contingencia posterior ajena a la voluntad de esta entidad ha sido la causa de que la publicación se realizara con posterioridad al 9 de marzo de 2018”.*

Sexto. Resulta pues incontrovertido que la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato se publicó el 13 de marzo de 2018 cuando ya había entrado en vigor la LCSP por lo que, conforme a su DT 1º, es dicha norma y no el TRLCSP la aplicable al presente expediente de contratación.

En este sentido la justificación de la Macomunitat es insuficiente dado que, por un lado, responsabiliza del retraso a una circunstancia ajena a su voluntad que no concreta y, por otro, no actuó diligentemente dado que debía haber valorada que aprobada una licitación el 6 de



marzo de 2018 era perfectamente posible que su publicación no pudiera hacerse antes del 9 de marzo de 2018, debiéndose haber anticipado esta circunstancia.

En consecuencia debe estimarse este primer motivo del recurso y ordenar la rectificación de los pliegos para indicar que la contratación se regirá por el LCSP y no por el derogado TRLCSP. Ahora bien en aplicación del principio de conservación de actos y trámites reconocido en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, se precisa que la estimación de este primer motivo no afecta a todos los actos que en ejecución de los pliegos se hayan podido dictar, los cuales mantienen su eficacia, a excepción de los específicamente impugnados a los que nos referiremos en los siguientes ordinales.

Séptimo. Como segundo motivo del recurso protesta PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 que la experiencia sea considerada un criterio de adjudicación al atribuirse 3 puntos por contrato hasta un máximo de 9 por la prestación del servicio de asistencia a domicilio para entidades locales por un tiempo de tres o más años. Con cita de un consolidado criterio de este Tribunal señala que la experiencia únicamente puede ser ponderada como requisito de solvencia pero no para la adjudicación.

El órgano de contratación indica en su informe que el artículo 145.2.2º LCSP permite emplear como criterio de adjudicación *“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 ejecución”*, por lo que lo dispuesto por los pliegos es ajustado a derecho.

Octavo. Efectivamente la cláusula 9ª apartado B del PCAP atribuye hasta un máximo de 9 puntos *“per cada contracte executat d’ajuda a domicili en entitats locals, d’una durada de 3 anys o superior, realitzats en els últims 10 anys (a raó de 3 punts per contracte”*.

Tal y como afirma PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 este Tribunal ha rechazado varias veces que la previa celebración de contratos pueda ser empleado como criterio para la adjudicación del contrato. Así en la resolución 677/2017, de 21 de julio, recogiendo el criterio sentado por el



Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 26 de marzo de 2015 (C-601/13), concluimos:

“Así para que sea posible utilizar las calificaciones técnicas y profesionales de los miembros del equipo encargado de la ejecución del contrato, en particular su experiencia, como criterio de adjudicación, es necesario que concurren dos requisitos:

Que la propia naturaleza del contrato lo justifique, en particular por tratarse de una prestación de servicios de carácter intelectual intrínsecamente relacionada con el objeto del contrato.

Que el equipo que tenga encomendado su cumplimiento sea determinante para el valor económico que el poder adjudicador atribuya a cada oferta”.

Este criterio ha quedado confirmado por el artículo 145.2.2º de la nueva LCSP que permite atender como criterio de adjudicación a la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato *“cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.*

En el presente caso no concurren los requisitos establecidos ni en el citado artículo 145.2.2º LCSP ni lo afirmado por este Tribunal aplicando el criterio del TJUE pues no se ha acreditado que la propia naturaleza del contrato justifique la exigencia de experiencia previa como criterio de adjudicación ni que el equipo encargado de su cumplimiento sea determinante para el valor económico que el poder adjudicador atribuya a cada oferta. Además los pliegos se limitan a valorar la previa ejecución de contratos sin atender a la calidad de dicha ejecución ni a que los trabajadores afectos a dichos contratos vayan a ser también los mismos que se encarguen de la ejecución del presente contrato por lo que es dudoso que requerir estos contratos pueda servir al fin indicado por el órgano de contratación en su informe (evaluar las aptitudes del personal encargado de la directa prestación del servicio). Por todo ello debe concluirse que no concurren los requisitos para ponderar la experiencia como criterio de adjudicación debe declararse la nulidad de la cláusula 9ª apartado B del PCAP por restringir artificialmente la libre concurrencia.

A mayor abundamiento debe señalarse que también se considera restrictivo de la competencia el que, para valorar la experiencia, únicamente se atiende a contratos suscritos con otras



entidades locales y no con otras Administraciones Públicas de ámbito estatal o autonómico, o con entidades privadas, vulnerando claramente lo dispuesto por el art. 40,b) de la actual Ley 9/2017 que proscribe todas aquellas cláusulas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la cualquier Administración, declarando la nulidad de las citadas cláusulas. En este sentido resoluciones como la 238/2016 en la que nos opusimos a que la solvencia profesional o técnica solamente pudiera acreditarse con previos contratos suscritos con determinado tipo de entidades públicas sin permitir otras alternativas. Por analogía, en los casos en que se permite el empleo de la experiencia como criterio de adjudicación debe ampliarse tanto a los servicios prestados a las entidades privadas como públicas, salvo que por su índole se trate de contratos que únicamente liciten las entidades públicas.

Por todo lo expuesto debe estimarse este motivo del recurso y declarar la nulidad de la cláusula 9ª apartado B del PCAP por la que se establece como criterio de valoración de la oferta la previa existencia de contratos con entidades locales.

Noveno. En su tercer motivo del recurso PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 indica que la subrogación del personal ordenada en los pliegos impide prestar el servicio al coste licitado de 15,08 €/h dado que el salario de la coordinadora es de 4,27 €/h lo que unido a los 12,14 €/h del auxiliar de Ayuda a Domicilio supone un total de 16,41 €/h, muy por encima del precio licitado. Ello supone una contravención del artículo 102.3 LCSP.

El órgano de contratación responde en su informe negando los cálculos realizados por la recurrente dado que se contienen en un documento en cuya elaboración aquel no ha intervenido.

Décimo. Como punto de partida debe señalarse que el PCAP establece la obligación de subrogar al personal en su apartado 12.1 por el que se requiere que en el sobre A se incluya el compromiso de subrogar al personal que actualmente presta el servicio. Dicho personal es indicado en el anexo III del PCAP y consiste en un coordinador a tiempo completo y nueve auxiliares a jornada parcial.



Determinada esta cuestión debe recordarse el criterio sentado por este Tribunal respecto del cálculo del precio del contrato, en general, y de la ponderación de los costes salariales que suponga la inclusión de una obligación de subrogación. Así resolución 37/2018 de 19 de enero:

“Los anteriores razonamientos son aplicables al caso enjuiciado pudiéndose afirmar que:

a) Los costes salariales derivados del cumplimiento de un determinado Convenio Colectivo son uno de las fuentes de conocimiento a las que puede acudir el órgano de contratación para determinar el valor estimado del contrato pero no la única. De manera que cuando existan elementos diferentes a la normativa laboral, tomados en consideración por el órgano de contratación que justifiquen razonadamente la determinación del valor del contrato, el importe así calculado será admisible en la medida en que refleje el denominado precio general de mercado. En este caso, es decisivo el hecho de que Estudio Económico elaborado por el Ayuntamiento de Pontevedra demuestra que los precios a los que se ha adjudicado el servicio SAF en otros municipios gallegos son similares al establecido en los pliegos impugnados.

b) Las circunstancias de que se imponga la subrogación del personal de la contratista saliente a la empresa que la sucede en la prestación de servicios para la Administración no es relevante a efectos de elevar el valor estimado del contrato puesto que como afirmó este Tribunal en su Resolución 46/2014, de 28 de enero, no es admisible que la entidad contratante “tenga que fijar el valor estimado y el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, pues en tal caso quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato, al margen del criterio legalmente establecido en el artículo 88 del TRLCSP, que ordena al órgano de contratación estar al coste real del servicio en los doce meses inmediatamente anteriores a la licitación”.

c) Ni el TRLCSP ni sus normas reglamentarias de desarrollo han precisado la estructura y nivel de desagregación del presupuesto con el que el órgano de contratación determina el valor del contrato. Sin embargo, en ese cálculo, en el que se puede tomar como referencia el presupuesto que se detalla para el contrato de obra en el 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP en adelante), se ha de perseguir reflejar el precio general de mercado, garantizar la obtención de ofertas económicamente ventajosas y factibles. En este caso, el



informe aclaratorio al inicial Estudio Económico determina que para las estimaciones efectuadas por la Administración es posible obtener beneficio a partir de proposiciones de 14,22 euros/horas (el tipo de licitación es 14,25 euros/hora). Siendo necesario añadir que la estimación de la Administración no reflejará necesariamente ni con total precisión las estructuras de costes y productivas de los licitadores por lo que, normalmente, obtendrán beneficios incluso con proposiciones económicas inferiores. Este razonamiento es extensible a los otros conceptos que se consideran infra estimados al determinar el valor del contrato diferentes a los costes laborales.

Por ello, procede desestimar el recurso al considerar este Tribunal que el valor del contrato refleja correctamente el precio general de mercado a la vista de los tipos de licitación obtenidos por otros ayuntamientos al seleccionar a los operadores económicos que les prestaran ese servicio, ser posible la obtención de beneficio económico con los valores fijados por el órgano de contratación, no estar obligado este a tener únicamente en cuenta las condiciones laborales concretas de la empresa saliente pese a que el Convenio Colectivo aplicable imponga la subrogación obligatoria y, por estar suficientemente motivados el resto de conceptos empleados en el presupuesto que sirve para estimar el valor del contrato”.

Del citado precedente resulta que los costes salariales de los trabajadores a subrogar es uno de los elementos a ponderar por el órgano contratante pero no el único en aras a fijar el precio del contrato. Por tanto, no basta con el interesado afirme que conforme al convenio de referencia el coste salarial de subrogación conforme al convenio de referencia es superior al importe de la licitación para concluir automáticamente que éste está mal fijado.

Ahora bien, en el presente caso se ha de reseñar que los cálculos de la recurrente –aportados mediante documento suscrito por un economista– no han sido rebatidos por el órgano de contratación por quien no se han aportado los cálculos y estudios que le llevaron a fijar el importe del contrato en 15,08 €/h, IVA no incluido (cláusula 5 PCAP). Obsérvese que en el precedente citado (resolución 37/2018) el Ayuntamiento contratante rebatió las alegaciones de la actora aportando prueba de que el importe de licitación de otros municipios para contratos de la misma clase había sido similar. En el presente caso se echa de menos esta actividad por parte de la Mancomunitat, la cual se ha limitado a rechazar los cálculos de la recurrente porque



no había intervenido en su elaboración. Alegación insuficiente para desvirtuar la eficacia probatoria de la actora dado que el órgano de contratación no aporta sus cálculos.

Por consiguiente, debe concluirse que el importe de licitación fijado en 15,08 €/h IVA no incluido no es conforme al artículo 102.3 LCSP según el cual:

“3. 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”.

Se impone, por tanto, que el órgano de contratación revise dicho importe para someterlo al citado precepto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.J.J.M.G. en nombre y representación de PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005, SL contra la resolución de 13 de marzo de 2018 del presidente de la Mancomunitat de Municipis de la Safor aprobando el pliego de cláusulas administrativas particulares de contrato de *“Servicio público de ayuda a domicilio de la Mancomunitat de Municipis de la Safor”* ordenando:

- (i) La rectificación de los pliegos para que indiquen que el expediente de contratación está sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.
- (ii) Suprimiendo la mayor puntuación que el apartado 9.b del PCAP atribuye por la previa celebración de contratos análogos con entidades locales.

- (iii) Revisando del importe del contrato para sujetarlo a las exigencias 102.3 LCSP.

Segundo. 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 artículo 47.5 de TRLCSP de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso Contencioso – Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.