



Recurso nº 577/2014 CAN 23

Resolución nº 634/2014

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

En Madrid, a 12 de septiembre de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. A. L. S., en representación de la entidad SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L., (en adelante SERVISAR o la recurrente) contra la adjudicación por el Ayuntamiento de Santander, del servicio público de atención a domicilio (Expte. nº 320/2013), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Santander (en lo sucesivo el Ayuntamiento o el órgano de contratación), convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de Cantabria y en el perfil de contratante los días 21 de enero y 5 de febrero de 2014, respectivamente, licitación para contratar, mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, la “*Concesión de la gestión del servicio público de atención a domicilio*”. El valor estimado del contrato se cifra en 6.370.560 euros y el presupuesto base de licitación anual (sin IVA) es de 3.185.280 euros, establecido en función del precio hora del servicio (13,44 €) y un número estimado de 237.000 horas anuales. Fueron admitidas once ofertas, entre ellas la de la empresa recurrente, actual adjudicataria del contrato.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público –cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Tercero. El apartado 5 de la Hoja-resumen del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), relativo a los requisitos especiales de solvencia, en cuanto a la solvencia técnica, establece:

“Se acreditará la solvencia técnica de la empresa aportando los documentos que se relacionan a continuación:

- a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público, o cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante certificado expedido por este, a falta de certificado, mediante una declaración del empresario según lo dispuesto por el artículo 67.a), en este caso sólo se tendrán en cuenta los servicios de ayuda a domicilio, y siempre que entre los servicios que acredite haber realizado al menos un servicio SAD, con un número de horas, igual o superior al 60% del número de horas previstas en el contrato.*
- b) Una declaración indicando el equipo técnico propio que destinará a la ejecución de este servicio, según lo dispuesto por el artículo 67 b); y las titulaciones de los mismos según lo dispuesto por el artículo 67 e), que se ajustará a las siguientes condiciones...”*

Por otra parte, en el apartado 9.3 de la Hoja-resumen del PCAP, se indica que *“se considerará que las proposiciones pueden ser desproporcionadas o anormales, cuando resulten inferiores en 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas...”*

Cuarto. Tras los trámites oportunos, el 7 de julio de 2014, la Junta de Gobierno Local aprobó la adjudicación en favor de la UTE SERALIA, S.A. – SERVICIOS DE TELEASISTENCIA, S.A. (en adelante, UTE SERALIA - ST o la adjudicataria). En los criterios técnicos, apreciables según juicio de valor la oferta de SERVISAR había sido calificada con la máxima puntuación posible (39 puntos); la adjudicataria obtuvo 31 puntos. La oferta económica de la UTE SERALIA - ST fue la segunda más baja (12,56 €/hora, un 3% por debajo de la media); se le



asignaron 56,11 puntos en los criterios evaluables mediante fórmula (sobre un máximo de 61) y quedó clasificada finalmente en primer lugar. La oferta de la recurrente (13,04 €/hora), resultó un 0,7% por encima de la media; se puntuó con 34,23 puntos y quedó clasificada finalmente en segundo lugar.

El acuerdo de adjudicación se notificó a la recurrente el 10 de julio de 2014.

Quinto. El 17 de julio tiene entrada en el registro de este Tribunal escrito de SERVISAR de interposición de recurso especial en materia de contratación, previamente anunciado al Ayuntamiento. Manifiesta que:

- Aunque el contrato se califica en los pliegos como de *"gestión de servicios públicos"*, en realidad, debe ser tratado como un contrato de servicios a efectos de aplicación de las normas que regulan el recurso especial. Así se califican habitualmente los contratos de los servicios de atención a domicilio (SAD); también en este caso, *"la capacidad de organización de los elementos esenciales del servicio corresponde a la Administración, siendo muy estrecho el ámbito del contratista"*.
- La UTE adjudicataria carece de la solvencia técnica requerida, porque uno de los miembros -la empresa ST- no ha acreditado experiencia alguna en el desarrollo de SAD. La justificación aportada por esta empresa, se refiere a *"una prestación meramente auxiliar, que no demuestra ningún tipo de solvencia para prestar el servicio de ayuda a domicilio"*.
- La oferta de la UTE SERALIA – ST es económicamente inviable porque *"el coste hora real para la categoría del Auxiliar de Ayuda a Domicilio, basándonos en el convenio de aplicación, en el listado de subrogación y en las exigencias de los Pliegos Técnicos"*, se cifra en 12,22 €/hora, a lo que hay que añadir el coste imputable al equipo de gestión (0,71 €/hora) y la repercusión de las mejoras que se incluyen en la oferta (otros 0,92 €/hora); y *"todo ello sin considerar el resto de los costes añadidos referentes a la oficina, suministros, gastos de gestión o gastos financieros; todos ellos gastos ineludibles que todavía incrementan más el coste del servicio"*. Considera por todo ello que la oferta de la adjudicataria es inviable y debió ser excluida. Señala por último que *"la Administración está sujeta también al cumplimiento de la normativa laboral y no puede actuar en un servicio de su competencia y titularidad como si tal*



normativa no existiese, consintiendo que quien lo presta la incumpla abiertamente, por lo que también por este motivo procede la exclusión de la oferta de la UTE”.

Solicita que se excluya la oferta de la UTE SERALIA – ST, se anule el acuerdo de 7 de julio de 2014 objeto del presente recurso, y se declare el derecho de SERVISAR a ser adjudicataria del contrato.

Sexto. El 21 de julio se recibió el expediente en este Tribunal, acompañado del informe del órgano de contratación en el que se limita a manifestar la improcedencia del recurso, por referirse a *“un contrato de gestión de servicios públicos en el que el presupuesto de gastos de primer establecimiento es prácticamente nulo y el plazo de su duración es de un año más una prórroga que no superará la fecha de 31 de diciembre de 2015”.*

Séptimo. El 28 de julio la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la UTE adjudicataria, para solicitar la inadmisión del recurso o, subsidiariamente, su desestimación.

El 1 de agosto de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Cantabria publicado en el BOE el día 13 de diciembre de 2012.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a esa competencia, respecto a la pretensión de la recurrente de que se estime que debe ser la adjudicataria. Como hemos señalado en múltiples resoluciones (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación,... so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical”.* Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.



Segundo. La empresa SERVISAR, actual prestadora del servicio, concurrió a la licitación y quedó clasificada en segundo lugar. A tenor de las alegaciones formuladas, podría resultar adjudicataria del nuevo contrato y, por tanto, debe entenderse legitimada para recurrir la adjudicación.

Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. Por lo que se refiere al acto recurrido, la primera cuestión a dilucidar es si el contrato cuya adjudicación se impugna es un contrato de gestión de servicios públicos (artículo 8 del TRLCSP), en la modalidad de concesión como establece el PCAP, o es un contrato de servicios (artículo 10 del TRLCSP), como alega la recurrente.

Como hemos señalado en numerosas resoluciones (como referencia reciente en la Resolución 457/2014, de 13 de junio), *“la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación”*.

En este contrato, de las obligaciones del concesionario y las condiciones de prestación del servicio, se deduce que el contratista asume el riesgo de la explotación por cuanto está obligado a prestar el servicio de ayuda a domicilio (SAD) y, aunque el pago se realiza por el Ayuntamiento, percibe el importe correspondiente a las horas efectivamente realizadas (cláusula 6.8 del Pliego de prescripciones técnicas), que pueden disminuir por reducirse el número de ciudadanos que soliciten el servicio.

En los términos en que se define la *“concesión de servicios”* en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica *“la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*. En este caso, dado que no hay inversiones o gastos de *primer establecimiento* significativos para la explotación del servicio, la concesión supone una cierta



exposición a las incertidumbres de la demanda de servicios SAD, pero que, en todo caso, implicaría pérdidas desdeñables, en tanto que no hay gastos iniciales a realizar y el riesgo de variación de la demanda con impacto en el nivel de prestación del SAD, en un solo año de duración del contrato es mínimo.

Dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios y, por tanto, incluido dentro de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1.b) del TRLCSP, al ser su valor estimado superior a 207.000 euros.

Por todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 40 mencionado, debe entenderse que puede recurrirse en esta vía el acto de adjudicación.

Cuarto. La primera cuestión de fondo es si los requisitos de solvencia deben concurrir necesariamente en todos y cada uno de los miembros que concurren bajo compromiso de UTE, como sostiene la recurrente, o, si, por el contrario, esta solvencia debe apreciarse de forma acumulativa e integradora entre los miembros de la UTE, de modo que la acreditación por parte de unos de sus miembros de solvencia bastante se comunica, por así decirlo, a los que no pueden realizar tal acreditación.

Como hemos manifestado en numerosas resoluciones (como referencia, en la nº 557/2013, de 29 de noviembre), la solvencia técnica o profesional se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata; en este caso, pretende garantizar que la UTE, dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin. Así, *“la acreditación de la experiencia a través de una relación de determinados servicios que superen un importe determinado, entiende este Tribunal, que en la medida que pretende valorar la experiencia del licitador, en este caso una UTE, procede su acumulación... Al no tener la UTE personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia -al igual que el de clasificación- y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que la conforman y la solvencia de la que careciera alguno de ellos puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE”.*

Al fin, uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales. Por tanto, el criterio general



es el de la acumulación. Así lo establece el artículo 24 del RGLCAP relativo a las uniones temporales de empresarios, en cuyo apartado 1, al referirse a la acreditación de la solvencia en las UTE, señala que cada uno de los que la componen debe acreditar la propia, *“acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”*. Es decir, la norma general es la de la acumulación, aunque con características propias en caso de exigir la clasificación.

El criterio de acumulación es congruente también con lo que establece el artículo 63 del TRLCSP que permite integrar la solvencia con medios externos, porque si la solvencia requerida se puede basar en la solvencia y medios de otra entidad, con más razón lo podrá hacer si se agrupa en UTE con ella.

En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque una de las empresas que integran la UTE adjudicataria no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, exigidas en el pliego, -como sostiene la recurrente- debe procederse a la acumulación con la otra empresa que forma la UTE, que, como indica la propia recurrente, supera sobradamente los niveles requeridos en el PCAP. El hecho de que la solvencia técnica acreditada por la empresa ST sea mínima y se refiera a una prestación auxiliar del SAD, no altera la posibilidad de acumulación, por lo que debe entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego y, en consecuencia, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

Quinto. En cuanto a la inviabilidad económica de la oferta, como hemos recogido en el antecedente tercero, la cláusula 9 de la Hoja-resumen del PCAP se refiere a los criterios de adjudicación e indica que se considerará que una proposición puede ser desproporcionada cuando resulte inferior en 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las presentadas.

Pues bien, ninguna de las ofertas presentadas incurre en presunción de temeridad. La oferta más baja resulta sólo 4,3 unidades porcentuales por debajo de la media y la adjudicataria apenas un 3%, por lo que no procede comprobar la viabilidad de ninguna.

Las apreciaciones de la recurrente se fundamentan en cálculos del precio/hora deducido del Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Cantabria. Pero el cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión relativa a la ejecución del contrato. La apreciación sobre si con las ofertas presentadas se pueden satisfacer los salarios



establecidos en el convenio colectivo, es una cuestión ajena al proceso de licitación y que, en todo caso, debe verificarse en la ejecución del contrato.

Por tanto, la alegación de la recurrente sobre la imposibilidad de que la oferta adjudicataria pueda cubrir siquiera los costes de personal derivados del convenio colectivo del sector, no es motivo para rechazar tal oferta. Así lo hemos manifestado en múltiples resoluciones (como referencia en la nº 136/2012, de 20 de junio) en el sentido de que no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo.

Por lo demás, los argumentos de SERVISAR, se basan en cálculos del coste/hora de acuerdo con los cuales, resultaría un precio hora de 13,65 €/hora. Con su razonamiento, tampoco la recurrente podría cumplir el convenio sin incurrir en pérdidas significativas, por cuanto el precio/hora propuesto (13,04 €) es también inferior y su oferta técnica, que también incluía mejoras, fue la mejor valorada.

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 D. A. L. S., en representación de la entidad SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L., contra la adjudicación por el Ayuntamiento de Santander, del servicio público de atención a domicilio.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la citada Ley.



Tercero. 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 artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.