



Recurso nº 549/2019

Resolución nº 633/2019

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

En Madrid, a 13 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. E. H., en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT), contra los pliegos publicados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) para la contratación de los “*Servicios de organización, gestión y ejecución del Programa de Turismo Social del IMSERSO para personas mayores y para el mantenimiento del empleo en las zonas turísticas, durante las temporadas 2019/2020 y 2020/2021*”, con expediente nº 308/2019, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante, IMSERSO) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 29 de enero de 2019, licitación para la adjudicación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de “*Servicios de organización, gestión y ejecución del Programa de Turismo Social del IMSERSO para personas mayores y para el mantenimiento del empleo en las zonas turísticas, durante las temporadas 2019/2020 y 2020/2021*”, cuyo valor estimado es de 1.305.692.188,75 euros.

Segundo. Con fecha de 15 de abril de 2019 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público los pliegos (Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares [PCAP] y Pliego de Prescripciones Técnicas [PPT]) aplicables al referido contrato.

Tercero. El 8 de mayo de 2019 D. R. E. H., en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (en



adelante, CEHAT), interpuso recurso especial en materia de contratación contra el PCAP y el PPT del contrato citado.

Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), el 14 de mayo de 2019 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación, con un informe en el que se opone a la estimación del recurso.

Quinto. El 30 de mayo de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, por ser la entidad contratante un poder adjudicador del sector público estatal (artículo 45.1 de la LCSP).

Segundo. En atención a su valor estimado (1.305.692.188,75 euros), el contrato de servicios impugnado es susceptible de recurso especial (artículo 44.1.a) de la LCSP).

Tercero. Se impugnan los pliegos aplicables a la referida contratación, acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. En cuanto a la legitimación, CEHAT señala que el objeto del contrato aparece definido en el título y que resulta idéntico al del contrato licitado para las temporadas 2015/2016 y 2016/2017, que fue objeto de la Resolución de este Tribunal 1020/2015, de 3 de noviembre. Añade que dentro del objeto del contrato se incluye el alojamiento de los usuarios del programa del IMSERSO, de donde deriva su legitimación en el presente recurso.



El órgano de contratación indica en este punto que, atendiendo al objeto del contrato, el Programa no sólo incluye el servicio de alojamiento, sino otros más que se ponen a disposición del usuario, como un paquete único y a precio unitario. Dado que el artículo 66.1 de la LCSP impone que sólo puedan ser adjudicatarias las personas jurídicas cuyos estatutos o reglas fundacionales recojan las prestaciones objeto de contrato, los establecimientos hoteleros podrán acceder a la licitación concurriendo en UTE con otras empresas con las que abarquen la totalidad del objeto del contrato.

Tal y como se desprende del expediente de contratación, y como reconoce el órgano de contratación en su informe, el objeto del presente contrato comprende múltiples prestaciones entre las que se incluye el servicio de alojamiento, por lo que los establecimientos hoteleros podrán acceder a la licitación concurriendo en UTE con otras empresas con las que queden cubiertas todas las prestaciones del contrato. Así se reconoció en la Resolución de este Tribunal 1020/2015, de 3 de noviembre, dictada, como se ha indicado, con ocasión de la impugnación del contrato de una edición anterior del mismo Programa del IMSERSO. Por tanto, ha de entenderse que concurre en CEHAT la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP, con arreglo al cual *«En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados»*.

Sexto. Entrando ya en las alegaciones de fondo formuladas por las partes, la entidad recurrente fundamenta su impugnación en los siguientes motivos de recurso:

1. Incumplimiento del artículo 100 de la LCSP, porque en la determinación del presupuesto base de licitación el PCAP no informa a los licitadores del coste directo e indirecto de cada uno de los servicios que constituye el objeto del contrato, ni se pronuncia sobre los convenios colectivos aplicables.

Señala la recurrente que el precio del contrato se compone de una parte que abona el IMSERSO y otra que abonan los usuarios, y que el presupuesto base de licitación se refiere únicamente a las aportaciones del IMSERSO.

Indica que se distinguen tres categorías de costes directos (*«alojamiento y mantenimiento»*, *«transporte»* y *«comercialización»*), a los que se añaden los costes indirectos. Y que, *«a*



la vista del contenido del pliego, parece que el IMSERSO asimila el coste de las plazas con lo que le cuesta actualmente a la Institución cada una de las plazas del vigente contrato, olvidando que lo que la ley le obliga es a que el organismo analice cuánto le va a costar a los operadores económicos implicados, para de esa manera establecer un precio de mercado que no esté ni por encima ni por debajo de lo razonable». Considera que el artículo 100 de la LCSP impone al órgano de contratación un deber de análisis de los costes y precios del servicio que aquí no concurre, lo que, a su juicio, conlleva la nulidad del pliego.

Añade que el PCAP ni tan siquiera entra en los costes de cada uno de los servicios, que no cabe englobar sin explicaciones el coste de alojamiento y manutención, y que deben desgranarse los costes directos e indirectos del servicio de alojamiento.

CEHAT considera que en el pliego deben reflejarse los costes de personal, con indicación expresa del convenio colectivo aplicable, máxime cuando uno de los objetivos del contrato es la creación o mantenimiento del empleo, y que se incluyen obligaciones adicionales, como el servicio de animación en los establecimientos hoteleros o el servicio de asistencia sanitaria, cuyo coste no se menciona.

2. Incumplimiento del artículo 101 de la LCSP porque, a su juicio, el PCAP no informa debidamente del método para definir el valor estimado del contrato, no tiene en cuenta los costes de ejecución del servicio, los costes de estructura, el beneficio industrial, ni se pronuncia sobre los convenios colectivos aplicables.

La recurrente señala que el valor estimado del contrato aparece en el punto 6 del cuadro de características del PCAP sin más detalle o explicación, incumpliendo el mandato del artículo 101.5 de la LCSP, que obliga a que conste en el pliego el método de cálculo utilizado para establecer el valor estimado.

Reitera que, pese a que el mantenimiento del empleo es parte del objeto del contrato, no existe mención alguna al convenio colectivo aplicable.

Considera que basar el estudio de los costes en los precios actuales supone eliminar *de facto* las novedades que en este punto introdujo la LCSP, y que CEHAT lleva años



advirtiendo que los precios del Programa deben ser modificados y actualizados y, sin embargo, una vez más se pretende arrastrar a los próximos 4 años las cantidades insuficientes aplicadas en los últimos años, sin hacer uso del mecanismo de consultas a los operadores económicos implicados que la LCSP regula como destacada novedad.

3. Falta de correspondencia entre los costes y los precios de mercado.

Partiendo de que la recurrente denuncia la falta de información en los pliegos en cuanto a la forma de calcular los costes –lo que considera causa de indefensión–, en el recurso indica que cualquier argumentación a estos efectos debe efectuarse a título de mera especulación. Bajo la anterior premisa, critica los siguientes aspectos del PCAP:

- Variación del coste de la estancia en función del número total de estancias del paquete: el coste por estancia varía sensiblemente en función de las noches del paquete, pese a que el coste será en todo caso fijo.
- Variación del coste de las estancias en función de la procedencia de los usuarios (con diferencias sensibles entre estancias en Baleares y península de españoles y residentes en Europa), y ello aunque dicha circunstancia no tiene, afirma la recurrente, ningún efecto en el coste de la estancia.
- Variación en el precio en función del destino sólo en algunos casos, sin que el pliego se atenga a la realidad de la costa peninsular española o el turismo de interior.

4. Falta de relación de la variación de los precios con la inversión exigida. La recurrente indica que el pliego exige, como requisito o como criterio de valoración, elementos que suponen un incremento de las inversiones en los establecimientos hoteleros. Cita a estos efectos la exigencia de servicio de *wifi* gratuito en las zonas comunes, la prestación de un servicio de animación sociocultural durante al menos dos horas diarias, y la exigencia de frigorífico para que los usuarios dejen allí las medicinas y tratamientos, exigencias que tienen un coste en inversión que no se ha considerado en el pliego para establecer el valor estimado del contrato. Y añade que el PCAP valora con hasta el 6% de la puntuación total el contar con instalaciones accesibles y habitaciones adaptadas según



los criterios DALCO, y con hasta un 5% la reserva del 2% de las estancias en habitaciones dobles de uso individual, sin tener en cuenta el coste que ello conlleva.

Todo ello, unido a los incrementos salariales previstos para el sector, al aumento de gastos de electricidad y a otras partidas generales, determina que la cantidad prevista en el Pliego para las estancias hoteleras no cubra, a juicio de la recurrente, los costes asociados a las mismas.

5. Incumplimiento del artículo 1 de la LCSP, por no respetar el PCAP el acceso a las licitaciones y la igualdad entre los licitadores, al incluir requisitos imposibles o excesivamente gravosos para los hoteleros y no relacionados con el objeto del contrato.

La recurrente señala a este respecto que el PCAP excluye a los hoteles de dos estrellas sin que exista ninguna explicación para ello y sin atender a la realidad del mercado hotelero español. Entiende que se vulneran los principios del artículo 1 de la LCSP cuando se excluyen de esta licitación, sin razón justificada, hoteles que han venido formando parte del programa durante muchas temporadas, y a satisfacción de los usuarios.

6. Incumplimiento de la libertad de contratación, por imponerse a los licitadores los contratos que han de celebrar con los establecimientos hoteleros, cercenando sus derechos e impidiendo que puedan pactar el régimen de responsabilidad y las compensaciones que consideren oportunas.

Entiende la recurrente que el modelo de contrato con los establecimientos hoteleros que se introduce como novedad en el Anexo 11 B del PPT atenta contra la libertad de contratación y el acceso igualitario a las licitaciones. Y considera contrarias a Derecho una serie de cláusulas del contrato, que son el correlato de las correspondientes cláusulas de PCAP, y que afectan a los siguientes aspectos:

- Obligación de que los hoteleros garanticen un cupo sin más plazo o garantía: la reserva sólo es efectiva para el hotelero, que debe esperar a que se produzca la adjudicación del contrato (del que puede resultar o no adjudicatario) sin poder comercializar hasta entonces esas plazas.



- Cláusula segunda del modelo de contrato, que prevé la resolución por culpa del licitador en todos sus efectos.
- Exigencia de frigorífico para que los usuarios dejen medicinas y tratamientos, lo que puede implicar una especie de servicio de minibar en cada habitación –con el subsiguiente coste para el hotelero–, o poner a disposición de los usuarios un frigorífico específico a tales usos en una zona común –lo que conlleva responsabilidades para el hotelero en caso de errores en la conservación o reparto de los medicamentos–.
- Animación sociocultural con cargo a los hoteleros, sin que se alcance a comprender por qué esa responsabilidad no se atribuye a una empresa especializada.
- Rescisión del contrato por quejas de los usuarios, sin indemnización alguna para el hotel (cláusula sexta, segundo párrafo, del modelo de contrato). A juicio de la recurrente, esta previsión implica una limitación del principio de libertad de pactos, sin que el IMSERSO deba imponer la forma en la que deben exigirse o calcularse las indemnizaciones entre las partes.
- Mantenimiento del empleo, como exigencia impuesta sólo a los hoteleros, y no al resto de operadores implicados.
- Sumisión territorial impuesta a los juzgados de Madrid, sin que el IMSERSO sea parte del contrato y sin que exista causa o razón que lo justifique.

7. Incumplimiento del artículo 145 de la LCSP, respecto del criterio de valoración por el que se valora el doble cada estancia en un hotel de categoría cuatro estrellas frente a un hotel de tres estrellas (apartado 1.1.1. del Cuadro de Características del PCAP).

El PCAP otorga hasta el 22% de la puntuación total al licitador que oferte el máximo de estancias en hoteles de categoría 4 estrellas. La categoría de los establecimientos hoteleros depende de la normativa de cada Comunidad Autónoma y, en opinión de la recurrente, atiende a requisitos que no siempre coinciden con la calidad del servicio, siendo un criterio de valoración que, a su juicio, no guarda la necesaria relación con el objeto del contrato ni cumple los requisitos legales. La recurrente entiende que no puede



darse por sentado que un hotel de cuatro estrellas ofrezca al Programa IMSERSO un servicio de mejor calidad que uno de tres, y que el Pliego no explica exactamente qué servicios o instalaciones pretende valorar como una mejora técnica en la oferta, acudiendo a esa fórmula genérica que no implica necesariamente una mejor relación de calidad-precio. Añade que esta fórmula de valorar expulsa a los hoteles de tres estrellas de las ventajas que para el mantenimiento del empleo conlleva el Programa IMSERSO, siendo esos hoteles de tres estrellas los que, por norma general, han permitido el desarrollo del Programa IMSERSO en los años anteriores.

Por todo lo expuesto, CEHAT solicita la estimación del recurso, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación de los pliegos, cuya anulación solicita.

Séptimo. El órgano de contratación, en su informe al recurso, señala que el objeto del contrato consiste en la organización, gestión y ejecución del programa de turismo social regulado en la Orden SCB 926/2018, por la que se regula el Programa de Turismo del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, comprendiendo, conforme al artículo 4 de dicha Orden, servicios de alojamiento, en habitación doble (o individual, con suplemento), régimen de pensión completa o de media pensión, transporte de ida y vuelta, póliza de seguros colectiva, servicio de medicina general complementario de la Seguridad Social en el propio hotel, y programa de animación sociocultural.

Añade que esta *touroperación* representa cerca de un millón de viajes por temporada con salidas desde todas las capitales de provincia de España y países de la Unión Europea, por lo que se ha optado por un sistema de gestión centralizada.

La Orden 926/2018 establece un sistema de cofinanciación en el que la aportación global del IMSERSO representa un 20,39%, frente al 79,61% que asumen los usuarios (aunque la propia Orden prevé que la aportación del IMSERSO podrá oscilar entre el 15 y el 30% del coste del servicio, según los tipos de temporada y turnos).

Hechas esas indicaciones generales, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos:



1. Presupuesto base de licitación. Frente a la alegación de la recurrente de que el presupuesto base de licitación sólo se refiere a las aportaciones del IMSERSO, el órgano de contratación señala que, conforme al artículo 100 de la LCSP, el presupuesto base de licitación se define como el límite máximo de gasto que puede comprometer el órgano de contratación, IVA incluido. Ello determina que el presupuesto base de licitación (Anexo 1-A del cuadro de características del contrato) no pueda incluir las aportaciones de los usuarios. Todo ello sin perjuicio de que el apartado 7 del Cuadro resumen del PCAP incluya información relativa a la aportación de los usuarios en función del tipo de plaza, destino y modalidad de los turnos.

2. Costes de los servicios. El órgano de contratación alega que ha efectuado el cálculo de los costes teniendo en cuenta los distintos servicios incluidos en el objeto del contrato. El Anexo 1-A recoge para cada lote el desglose de costes directos, indirectos, y otros exigidos en el artículo 100 de la LCSP. Los salarios forman parte de esos costes, pero atendiendo a la complejidad del contrato, y a los múltiples servicios que integra, que determinan la concurrencia de un número indeterminado de convenios colectivos de diferentes ámbitos territoriales y categorías profesionales, sería inoperante hacer el desglose y la desagregación por género y categoría profesional que indica la recurrente, considerando el IMSERSO que el criterio elegido y recogido en el Anexo 1-A es de fácil manejo y comprensión para los licitadores.

Señala el órgano de contratación que:

- Los costes directos se desglosan en función del coste de los servicios principales que constituyen el objeto del contrato: alojamiento y manutención, transporte y comercialización.
- Los costes indirectos comprenden una cantidad fija vinculada a la póliza de aseguramiento, asistencia sanitaria complementaria, animación sociocultural, y un porcentaje del 1,50% sobre el paquete, referido a otros gastos.
- Para fijar el coste de cada paquete turístico se han considerado precios de mercado de productos similares como los que comercializa Mundosenior Plus en un programa no vinculado al IMSERSO, los ofertados por la Generalitat Valenciana o las «Rutas



culturales para mayores de 55 años» de la Comunidad de Madrid. También se han valorado los paquetes ofertados actualmente por el IMSERSO y el índice de evolución de las pensiones en los últimos años (incremento de un 0,25% en los últimos cinco años, e incremento del 1,6% en 2019, que se ha repercutido en un 0,6% de la aportación de los usuarios para la temporada 2019/2020, y en un 1% adicional para la temporada 2020/21). También se ha considerado que un 65% de los pensionistas tienen pensiones inferiores a los 1.050 euros al mes, y que sólo el 11,35% percibe pensiones superiores a 1.950 euros al mes.

La necesidad de mantener la calidad del servicio y de atender a las demandas del sector turístico ha llevado a reducir en 38.000 plazas y a incrementar el número de viajes sin transporte en un 7%.

Para el cálculo de los costes de alojamiento y manutención se parte de un importe mínimo de 23 euros por estancia, lo que implica una subida del 9,5%, importe que no incluye gastos que se consideran costes indirectos, como los de asistencia sanitaria complementaria y animación sociocultural. El importe del servicio de alojamiento y manutención oscila entre 23 y 42 euros, en función de los destinos, sin que se calculen nunca en función de la duración del viaje, el uso de transporte o la procedencia de los usuarios, como afirma la recurrente.

Añade en este punto el órgano de contratación que *«realizar el cálculo de todos y cada uno de los servicios desglosando los costes laborales en virtud de los convenios colectivos de referencia implicaría conocer el número de empleados y categorías laborales de todo el personal que participa en el programa: personal de hostelería (244 hoteles); restauración, transporte terrestre, ferroviario, aéreo y marítimo (al menos 4 millones de desplazamientos por temporada), personal de agencias de viaje (4.500 agencias en todo el territorio nacional), guías culturales, guías acompañantes, médicos, ATS/DUE, operadores de call center, personal administrativo, etc.)»*.

Considera el IMSERSO que, al no existir en este contrato obligación de subrogación de trabajadores, el criterio del convenio colectivo aplicable o de los costes laborales genéricos no es un elemento relevante.



Del artículo 101 de la LCSP no se desprende que exista obligación legal de reflejar en los pliegos uno a uno los diferentes criterios y circunstancias consideradas por el órgano de contratación para determinar el valor estimado del contrato, estimando el órgano de contratación que el contenido del apartado 6 del Cuadro de Características del contrato es suficiente a estos efectos.

3. Acceso a la licitación. Respecto de la alegación de CEHAT relativa a que el pliego establece requisitos imposibles o excesivamente gravosos para los hoteleros y no relacionados con el objeto del contrato, con vulneración del artículo 1 de la LCSP, el órgano de contratación considera que la recurrente confunde el acceso a la licitación en sí misma, con su propia voluntad de querer acceder o no, en las condiciones que establece el pliego. No se ha limitado el acceso de nadie a la licitación, y si bien es cierto que el contrato comprende varias prestaciones, concurriendo en UTE se pueden abarcar todas ellas, como concluyó la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2017, haciéndose eco de la Resolución del Tribunal 1020/2015, de 3 de noviembre. En consecuencia, los establecimientos hoteleros pueden concurrir en igualdad de condiciones a la licitación; cuestión distinta es que las condiciones que el Pliego establece no les resulten atractivas.

4. Requisitos exigidos a los hoteles. A este respecto, el órgano de contratación señala lo siguiente:

- La exigencia de *wifi* en las zonas comunes no supone una inversión adicional, porque la normativa autonómica que regula las condiciones de los establecimientos hoteleros impone dicha prestación en todos los hoteles de tres estrellas o categorías superiores, salvo imposibilidad técnica de instalación, obligación que se extiende a las habitaciones en hoteles de 4 y 5 estrellas.

- El servicio de animación cultural exigido debe prestarse en el establecimiento hotelero, pero ello no implica que éste tenga que asumir su coste, pues se consideran costes indirectos que asume la adjudicataria, al igual que el servicio de asistencia sanitaria complementaria que también se presta en las instalaciones hoteleras.



- En cuanto a la exigencia de instalaciones accesibles, también derivan de la normativa autonómica, por lo que se trata de inversiones que los hoteleros han de haber asumido por imperativo legal.

- La exigencia de frigorífico en las zonas comunes responde a las demandas de los usuarios que, por razones de edad y salud, valoran que ese servicio forme parte de la asistencia sanitaria complementaria que ofrece el Programa. Dado que se trata de hoteles de 3, 4 y 5 estrellas, la mayor parte de los mismos contará con frigorífico en las habitaciones. En caso contrario, el hotel tiene que habilitar un frigorífico en la sala destinada a atención médica, y su uso será responsabilidad del personal médico que preste el servicio sanitario.

5. Exclusión de hoteles de dos estrellas. Frente a la discriminación que invoca la recurrente, el IMSERSO señala que de los 244 establecimientos hoteleros que han participado en la temporada 2018/2019, solo 7 tienen la categoría de 2 estrellas. Considerando que la clasificación de los hoteles mediante un sistema de categoría por estrellas es un sistema objetivo que permite identificar las características del alojamiento y los servicios ofertados, se ha optado por exigir en esta licitación la categoría mínima de tres estrellas. Se estima, además, que la determinación de la categoría mínima de los hoteles participantes en la licitación es una potestad del órgano de contratación.

6. Valoración de estancias en hoteles de 4 y de 3 estrellas. Entiende el IMSERSO que constituye una potestad del órgano de contratación determinar los criterios de valoración de las ofertas y el peso que cada uno debe tener, con el fin de satisfacer las necesidades que se pretenden con el contrato.

7. Modelo de contrato con establecimientos hoteleros. El IMSERSO señala que el modelo de contrato entre la licitadora y los establecimientos hoteleros se ha facilitado como novedad en esta licitación debido a la confusión que se originó en 2015 por no existir un modelo de contrato con el que regirse, y debido a que la Mesa de Contratación tuvo problemas para valorar, con criterios de igualdad y objetividad, los compromisos que se adquirirían entre la licitadora y los establecimientos hoteleros para dar cumplimiento al programa. Añade que el modelo de contrato no tiene carácter obligatorio, y que responde



a la finalidad de homogeneizar y armonizar, a salvo siempre la libertad de pactos entre las partes.

Octavo. Expuestos los argumentos de las partes, el Tribunal considera que los motivos de recurso se pueden agrupar, por razones sistemáticas, en cuatro grandes grupos:

a) Motivos de recurso vinculados con el incumplimiento de los artículos 100 y 101 de la LCSP, relativos a la forma de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, respectivamente. La recurrente denuncia la falta de desglose de los costes directos e indirectos por servicios, y la falta de mención de los convenios colectivos aplicables.

b) Motivos de recurso relativos a la falta de correspondencia entre los costes y los precios de mercado, bien por la inclusión de variaciones de costes indebidas, bien por falta de relación entre las variaciones de los precios y las inversiones exigidas. La recurrente considera que la cantidad prevista en el pliego para las estancias hoteleras no cubre los costes de las mismas y hace económicamente inviable la ejecución del contrato, al menos desde la perspectiva hotelera.

c) Motivo de recurso vinculado a la supuesta limitación del acceso a la licitación, por la forma en la que se han configurado, en varios aspectos, el objeto del contrato y los criterios de valoración.

d) Motivo de recurso relativo a la vulneración del principio de libertad de contratación, vinculado al contenido del modelo de contrato entre licitadores y establecimientos hoteleros que se anexa al PPT.

Comenzando, por razones sistemáticas, con este último motivo de recurso, el Tribunal considera que no procede su estimación. Y ello por cuanto que, tal y como afirma el órgano de contratación, el referido contrato se presenta en Anexo 11-B del PPT a título de simple modelo contractual, sin que ni el PCAP ni el PPT establezcan su obligatoriedad (como sí acontece con otros documentos anexados al PPT como, por ejemplo, el Anexo 11-A, «*Documentación acreditativa del cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas y de los criterios de ponderación automática*», en el que expresamente se indica



que «*las empresas licitadoras, en todo caso, deberán presentar la documentación listada a continuación y referida a cada uno de los distintos apartados*»).

Resultan admisibles las argumentaciones del IMSERSO respecto a la conveniencia de introducir en esta licitación el aludido modelo de contrato, con vistas a conseguir cierto grado de armonización u homogeneidad que facilite, además, a la Mesa de Contratación, el conocimiento de los compromisos que adquieren las empresas licitadoras y los establecimientos hoteleros que participan en el Programa del IMSERSO.

Por lo demás, tampoco la inclusión de determinadas previsiones en el modelo de contrato conlleva los perjuicios que denuncia la recurrente. Así, por ejemplo, la animación sociocultural ha de tener lugar, efectivamente, en los establecimientos hoteleros, pero ello no implica que tenga que sufragarse por el hotelero, máxime cuando este concepto se configura como coste indirecto para el adjudicatario. La exigencia de un frigorífico en el que los usuarios puedan dejar medicinas y tratamientos (a la que se aludirá con más detalle posteriormente), cuando no se emplace en las mismas habitaciones, sólo requiere su ubicación en la sala destinada a la atención sanitaria complementaria exigida en el pliego, siendo la conservación y el reparto de dichas medicinas responsabilidad del servicio sanitario, no del hotelero.

La exigencia que se impone a los establecimientos hoteleros de reservar cupos de plazas, sin poder buscar formas alternativas de comercializarlas hasta la adjudicación (y a riesgo de no resultar adjudicatarios), es la lógica consecuencia de su decisión, libre y voluntaria, de concurrir a la licitación, y constituye un compromiso lógico que opera como garantía de la efectividad del Programa licitado por el IMSERSO.

En cualquier caso, no siendo obligatorio el modelo de contrato que se adjunta como Anexo 11-B del PPT, ninguna vulneración del principio de libertad contractual puede atribuirse al mismo. En particular, no puede vulnerarlo en aspectos como el contenido en la alegación relativa a la rescisión del contrato por quejas de los usuarios; ni en la relativa a la exigencia del mantenimiento del empleo, en especial porque el objeto del contrato se refiere al programa de Turismo Social del IMSERSO, cuya finalidad es la ejecución de una prestación para persona mayores, al tiempo que un instrumento para el



mantenimiento del empleo en las zonas turísticas. En fin, la sumisión territorial impuesta a los Juzgados de Madrid es una consecuencia de que el contrato sí se celebra con el INSERSO, que sí es parte en el contrato.

Por todo lo expuesto, el Tribunal acuerda desestimar este motivo de recurso.

Noveno. Un segundo grupo de motivos de impugnación es el referido a diversos aspectos del objeto del contrato y de los criterios de valoración recogidos en el PCAP que, a juicio de la recurrente, limitan o restringen indebidamente el acceso a la licitación.

Tampoco este motivo de recurso puede prosperar.

El Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la determinación del objeto del contrato es una facultad que corresponde al órgano de contratación, que es a quien compete concretar las prestaciones exigibles en función del interés público que se pretende atender a través de la contratación. En la Resolución 1114/2018, de 30 de noviembre, se indica, a este respecto, lo siguiente:

«Debemos aplicar aquí el criterio ya sostenido por este Tribunal en distintas Resoluciones, –por todas y por la novedad que supone, podemos citar aquí la Resolución nº 755/2018, de 16 de agosto, así como la Resolución nº 813/2018, de 14 de septiembre de 2018–, en cuanto resulta necesario que el contrato se ajuste a los objetivos que ‘la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre).

Corresponde, en definitiva, al órgano de contratación, definir el interés público a satisfacer con el contrato de servicios, fijar su objeto, así como los requisitos técnicos que



han de exigirse para su correcta ejecución (Resolución 548/2015). La definición del objeto del contrato, decíamos en la Resolución 468/2018, de 11 de mayo, constituye una facultad discrecional, y por ello, se insiste, “la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él” (también, Resoluciones 156/2013, de 18 de abril, y 194/2013, de 23 de mayo)».

En fin, en la más reciente Resolución 569/2019, de 23 de mayo, se insiste en que «*la determinación del objeto del contrato y la definición de las prestaciones requeridas en ejecución del mismo corresponde exclusivamente al órgano de contratación en función de las concretas necesidades a las que, en cada momento, responda la contratación*».

Bajo las anteriores premisas, no puede considerarse que la exclusión de hoteles de dos estrellas vulnere los principios de igualdad y competencia efectiva. Sencillamente, el órgano de contratación ha considerado más satisfactorio para los usuarios destinatarios del Programa que el alojamiento se preste en hoteles de tres o más estrellas. El hecho de que en anteriores licitaciones hayan tenido cabida hoteles de dos estrellas no presupone el derecho adquirido de los titulares de dichos establecimientos hoteleros a participar en todas las licitaciones futuras, pues ello sería tanto como imponer al órgano de contratación una especie de inmutabilidad o petrificación del objeto del contrato, desconociendo que es al interés público (en este caso, la prestación del mejor servicio, al mejor precio, para el colectivo de mayores incluido en el Programa), al que el IMSERSO debe atender, y no al interés particular de determinados empresarios hoteleros. El razonamiento de la recurrente llevaría a afirmar, llevado a sus últimas consecuencias, que todos los establecimientos hoteleros (incluso los de una estrella) deberían estar admitidos en el Programa, so pena de restringir el principio de igualdad y de concurrencia, cuando la definición del concreto contenido de las prestaciones del contrato compete única y exclusivamente, como se ha indicado, al órgano de contratación.

Por lo demás, resultan lógicas y atendibles las explicaciones que, adicionalmente, ofrece en este punto el IMSERSO, con arreglo a las cuales en la temporada 2018/2019 sólo 7 de los 244 establecimientos hoteleros que han participado en el Programa tiene la categoría de dos estrellas, por lo que, siendo un número tan reducido, se ha optado por



exigir en la nueva licitación establecimientos hoteleros de tres o más estrellas, para disponer en los pliegos de un criterio uniforme y objetivo de valoración de cada uno de los establecimientos hoteleros incluidos en las ofertas de los licitadores.

El resto de requisitos obligatorios del PCAP que denuncia la recurrente (exigencia de *wifi* en las zonas comunes, instalaciones accesibles, frigoríficos para conservar medicinas y tratamientos, servicio de animación cultural) son también manifestaciones de la potestad que asiste al órgano de contratación de definir libremente las prestaciones objeto de contrato, y ello siempre sin perjuicio de la libertad que también asiste a los empresarios de concurrir o no a la licitación, según ésta se adapte o no a sus intereses. Son, por lo demás, exigencias razonables y proporcionadas, ajustadas bien al concreto colectivo de mayores al que se dirige el Programa (instalaciones accesibles, frigorífico para que los usuarios dejen medicinas y tratamientos), bien a los fines de esparcimiento a los que responden esas estancias turísticas (animación cultural), bien a la paulatina implantación de las nuevas tecnologías (exigencia de *wifi* al menos en las zonas comunes de los establecimientos hoteleros). Y el hecho de que unos establecimientos hoteleros cumplan ya esos requisitos y otros, sin embargo, deban efectuar inversiones para cumplirlos, no implica que, por tal motivo, se conculquen los principios de igualdad y concurrencia, pues la efectividad de dichos principios no implica la necesaria admisión de todos los empresarios del ramo a la licitación, sino tan sólo la procedencia de admitir a todos aquellos que cumplan los requisitos objetivos establecidos en los pliegos por la Administración, en función del interés público ínsito en la contratación.

A mayor abundamiento, y conforme señala el órgano de contratación, algunas de estas exigencias (*wifi* en las zonas comunes, instalaciones accesibles, frigorífico para que los usuarios dejen medicinas o tratamientos) vienen impuestas por la normativa autonómica, por lo que las inversiones han debido realizarse ya y, en muchos casos, estarán ya amortizadas.

Tampoco se restringen los principios de igualdad y la concurrencia por el hecho de que el PCAP otorgue mayor puntuación a los hoteles de cuatro estrellas que a los de tres.



El artículo 145.5 de la LCSP establece los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, en los siguientes términos:

«5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores».

Contrariamente a lo afirmado por la recurrente, la asignación de puntuación en función del número de estrellas de los establecimientos hoteleros incluidos en la oferta de los licitadores es un criterio de valoración objetivo y vinculado con el objeto del contrato, que permite valorar la calidad y las prestaciones ofrecidas conforme a parámetros oficiales y externos a la Mesa de Contratación.

Por todo lo expuesto, procede desestimar estos motivos de recurso.

Décimo. El tercer motivo de recurso alude a la falta de correspondencia entre los costes y los precios de mercado, bien por la inclusión de variaciones indebidas de costes, bien por falta de relación entre las variaciones de los precios y las inversiones exigidas. La recurrente considera que las cantidades previstas en el pliego para las estancias



hoteleras no cubren los costes de las mismas, lo que hace económicamente inviable la ejecución del contrato, al menos desde la perspectiva hotelera.

A este respecto, el Tribunal constata la falta de consistencia de los argumentos de la recurrente, que se limita a invocar la insuficiencia de los costes recogidos en el pliego y a recordar la petición que viene formulando desde hace años de que dichos costes se modifiquen y actualicen, sin concretar, más allá de vagas referencias causales (*«incrementos salariales previstos para el sector, aumento de gastos de electricidad y otras partidas generales»*), la insuficiencia de los costes que denuncia.

No corresponde a este Tribunal efectuar cálculos sobre los costes, directos o indirectos, de las prestaciones que integran el objeto del contrato. Por el contrario, incumbe a la recurrente acreditar, con datos y cálculos precisos y concretos que, tal y como afirma, el PCAP no cubre los costes asociados al servicio de alojamiento hotelero.

Frente a la falta de argumentación y prueba de la recurrente, el Anexo 1-A del PCAP incluye una serie de cuadros, por lotes, en los que para cada modalidad de estancia se desglosan los costes directos (alojamiento y manutención, transporte y comercialización), y los costes indirectos (comprensivos, como indica el órgano de contratación, de una cantidad fija correspondiente al contrato de seguro colectivo, asistencia sanitaria complementaria, animación sociocultural y un porcentaje del 1,50% sobre el paquete destinado a *«otros gastos»*).

Se indica en la Memoria Justificativa de la contratación (documento nº 6 del expediente de contratación remitido) que *«Junto con la satisfacción de los usuarios, el éxito del Programa reside en la gran aceptación y valoración que por parte de los distintos sectores que integran el sector turístico se ha hecho del mismo, pudiendo afirmarse que actualmente, constituye uno de los pilares fundamentales que alimentan las corrientes turísticas durante la temporada baja, paliando el fenómeno de la estacionalidad...»*. Se concreta que *«los precios máximos se han calculado tras realizar diferentes estudios y prospecciones sobre los precios de mercado para la realización de este tipo de programas y los costes de las plazas en la temporada del Programa vigente»*. Frente al contenido del PCAP, del que se infiere que el IMSERSO ha efectuado los cálculos que ha



estimado pertinentes para establecer unos costes adaptados al precio de mercado, y frente al resultado del Programa en ediciones precedentes (que se ha calificado como un éxito gracias a la colaboración de los distintos sujetos del sector turístico implicados, con participación en la temporada 2018/2019, de 244 establecimientos hoteleros), la prueba de que los costes correspondientes al alojamiento son insuficientes corresponde, como se ha indicado, a quien alega esa insuficiencia, sin que la recurrente haya aportado alegaciones o elementos probatorios que avalen sus afirmaciones.

Denuncia también CEHAT en este punto que el IMSERSO ha fijado los costes aplicables sin acudir al mecanismo de consultas a los operadores económicos implicados que la LCSP regula como novedad. Sin embargo, las *«Consultas preliminares del mercado»* que, con base en el artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, regula el artículo 115 de la LCSP, son, tal y como señala el órgano de contratación, de uso potestativo para la Administración: *«Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación...»*

Por lo demás, la recurrente reconoce que, ante lo que considera falta de información en el PCAP, las afirmaciones que efectúa respecto a la indebida variación del coste de la estancia en función del número total de estancias en el paquete, en función de la procedencia de los usuarios, o en función del destino en algunos casos, las realiza a título de mera especulación. Frente a dichas alegaciones, vagas e imprecisas, el órgano de contratación afirma en su informe que *«el importe del servicio de “Alojamiento y Manutención” por pernoctación varía además en función de los destinos incluidos en cada lote y oscila entre 23 y 42 euros. En ningún caso se calculan importes distintos según la duración del viaje, el uso de transporte o la procedencia de los usuarios, como indica la recurrente»*.

En cuanto a las alegaciones relativas a la falta de relación entre los precios y las inversiones exigidas en el PCAP, ya se ha abordado en el Fundamento de Derecho anterior que las exigencias de servicio de *wifi* gratuito en zonas comunes, frigorífico para dejar las medicinas o tratamientos de los usuarios, e instalaciones accesibles y



habitaciones adaptadas según los criterios DALCO, además de ser ajustadas a establecimientos hoteleros de 3, 4 y 5 estrellas, que son los incluidos en el Programa, vienen en muchas ocasiones impuestas por la normativa autonómica de aplicación, por lo que la exigencia de inversión no derivaría del PCAP, sino de dicha regulación.

En fin, frente desglose de costes directos e indirectos recogido en la documentación contractual, la recurrente se limita a indicar que *«la rentabilidad (REvPAR) del Programa IMSERSO, que ya resulta de por sí negativa, desciende notablemente, sin que esta circunstancia parezca tenerse en cuenta por el órgano de contratación»*, y que *“A todo lo anterior debe añadirse los incrementos salariales previstos para el sector, así como el aumento de los gastos de electricidad y otras partidas generales que no han sido contempladas»*, afirmaciones que no concreta ni cuantifica en modo alguno, y que, por sí solas, no tienen entidad suficiente como para que el Tribunal adopte una decisión tan grave como la anulación de los pliegos.

Por lo expuesto, procede desestimar este motivo de recurso.

Undécimo. El último motivo de impugnación se refiere al incumplimiento de los artículos 100 y 101 de la LCSP, relativos a la forma de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato. En concreto, la recurrente denuncia la falta de desglose de los costes directos e indirectos por servicios, y la falta de mención de los convenios colectivos aplicables.

Bajo la rúbrica *«Presupuesto base de licitación»*, el artículo 100 de la LCSP dispone lo siguiente:

«1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. 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 su parte, el artículo 101 de la LCSP se refiere al valor estimado en los siguientes términos:

«1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue:

a) *En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones.*

(...)

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. (...)*

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 tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

(...)

5. *El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado en todo caso deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares».*



Como se indicó en las Resoluciones 827/2018, de 24 de septiembre, y 569/2019, de 23 de mayo, *«a partir de la entrada en vigor de la presente LCSP (...) gozan de especial transcendencia los convenios colectivos sectoriales de aplicación para garantizar la cobertura de los costes laborales derivados de la ejecución del contrato de servicios, en los que resulte esencial la mano de obra de los trabajadores de las empresas contratistas; por lo que las normas convencionales no pueden resultar ajenas al poder adjudicador a la hora de fijar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato»*.

El Tribunal ha venido declarando (por todas, Resoluciones 861/2018, de 1 de octubre y 506/2019, de 9 de mayo,) que *«la literalidad de los preceptos transcritos (por referencia a los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP) es clara, cuando impone que sea en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento regulador de la licitación, donde se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de sexos, obligación cuyo incumplimiento determina la nulidad de los pliegos»*.

El PCAP contiene un desglose de los costes directos e indirectos por cada uno de los lotes en los que se divide el contrato, pero no contiene un desglose de los costes salariales estimados, con desagregación de sexos, ni referencia al convenio colectivo aplicable.

El órgano de contratación justifica dicha omisión en la complejidad del contrato, dados los múltiples servicios que integra, que determinan la concurrencia de un número indeterminado de convenios colectivos de diferentes ámbitos territoriales y categorías profesionales que haría inoperantes el desglose y la desagregación por género y categoría profesional. En concreto, afirma el IMSERSO que *«realizar el cálculo de todos y cada uno de los servicios desglosando los costes laborales en virtud de los convenios colectivos de referencia implicaría conocer el número de empleados y categorías laborales de todo el personal que participa en el programa: personal de hostelería (244 hoteles); restauración, transporte terrestre, ferroviario, aéreo y marítimo (al menos 4 millones de desplazamientos por temporada), personal de agencias de viaje (4500*



agencias en todo el territorio nacional), guías culturales, guías acompañantes, médicos, ATS/DUE, operadores de call center, personal administrativo, etc.)».

Con carácter previo a pronunciarnos sobre la concreta alegación formulada por la recurrente, es preciso efectuar ciertas precisiones sobre el sentido del mandato contenido en el artículo 100. 2, en particular el último inciso de su párrafo único, que determina lo siguiente:

«2. 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».

Ese precepto viene a determinar que en la elaboración del presupuesto del contrato, es decir, el importe máximo de gasto que podrá suponer para el OC el contrato, impone su ajuste a precios de mercado y el desglose del mismo con indicación de los coste directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Obviamente, si el precio d mercado se determina a ex artículo 102.4 en términos unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o de las distintas prestaciones parciales que integran el objeto del contrato o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, es evidente que el presupuesto podrá, e incluso deberá, formarse y desglosarse por unidades de precio de mercado que entreguen o ejecuten hasta el número máximo previsto en el PCAP, sin necesidad ni obligación de desglosar en todo caso los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos en que incurra el suministrador o el prestador del servicio, en cuanto son innecesarios si se demandan por el órgano de contratación en la licitación en la forma de unidades a precio unitario, y no de prestaciones según costes de prestación.



La particularidad de ese artículo 100.2 es la imprecisa redacción de su último inciso, pues parece referirse a todos los contratos, cuando la realidad es que se refiere a unos muy concretos y determinados. El significado de su mandato debe ceñirse a su literalidad, de forma que su ámbito ha de reducirse a los contratos singulares en los que concurra el requisito concreto que establece ese inciso, que no es que sean importantes los costes laborales de los trabajadores empleados para su ejecución en la cuantía del precio total del contrato, sino que solo se aplica en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato.

El requisito citado no puede referirse a todos los contratos en que los costes salariales sirvan para formar el precio total, pues en tal caso se encuentran todos los contratos, ya que el precio de una prestación siempre conlleva un coste directo laboral que habrá contribuido a determinar el precio. Por tanto, si lo que se deseaba es que se desglosasen los costes salariales con desagregación de género y categoría profesional estimados según convenio laboral de referencia, resultaría que en todo contrato de cualquier naturaleza debería efectuarse ese desglose y desagregación, ya que en todos ellos el coste salarial contribuye a fijar el precio, lo que haría innecesaria la especificación que contiene la norma, que es que el coste de los salarios de las personas empleadas en la ejecución del contrato forme parte del precio total del contrato, lo que implica no solo que sea un coste sino que sea precio, es decir, forme parte del precio como un elemento de él, es decir, integre precio porque éste se fije por unidades de trabajo y tiempo, tales como precio por trabajador/día o mes o años o por horas o por bolsas adicionales de horas, o por trabajos extraordinarios, o por días laborable o por días festivos.

Lo anterior nos lleva a considerar que dicha determinación legal no se aplica a los contratos de suministro ni a los de obras, y tampoco a todos los de servicios, sino solo a algunos de estos, que serán aquellos en que concurre el requisito especificativo de que los costes salariales de los trabajadores empleados en la ejecución formen parte del precio total del contrato. Por ese motivo, no es aplicable esa determinación a los contratos de suministros, sean sucesivos, sean de fabricación, estos por similitud de régimen con los de obras, a los que tampoco se aplica aquella determinación, al requerir *ex lege* un presupuesto con un detalle legalmente determinado. Así nos hemos



pronunciado en nuestra Resolución. nº 84/2019 (Rec. 1233/2018), de 1 de febrero de 2019, en la que se determina:

*«**Sexto.** El segundo de los fundamentos del recurso estima que el apartado 4.3 del PCAP infringe el artículo 100.2 de la LCSP, toda vez que no toma en consideración todos los costes directos, indirectos y otros gastos que lleva aparejada la ejecución de las prestaciones impuestas al contratista. Abbott estima que el PCAP debería desglosar los costes directos del suministro de reactivos, los costes directos del suministro de materiales (fungibles, calibradores y controles), los costes directos de la cesión de uso de los equipos necesarios para la realización de las pruebas (analizadores) y su mantenimiento y, en su caso, actualización, los costes directos del sistema informativo de laboratorio, los costes directos de las integraciones a realizar con los distintos sistemas informáticos del Hospital, los costes directos de formación del personal del Hospital en la utilización del equipamiento, y también los costes directos de los otros equipos que contiene el apartado 14 del Cuadro de Características del PCAP que éste obliga a aportar adicionalmente.*

El artículo 100.2 de la LCSP prevé que:

“2. 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 forme 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”.

El PCAP no ha realizado este desglose, indicando que el Presupuesto “no es susceptible de desglose”, y que el mismo se ha realizado en base a los precios fijados por los mismos fabricantes.



Es cierto que como hemos dicho en resoluciones pasadas (1153/2018), el artículo 100.2 de la LCSP no distingue, a efectos de exigir el desglose de los costes directos, indirectos y otros gastos, en función del tipo de contrato de que se trate, pero no es menos cierto que dicho artículo, relativo al presupuesto base de licitación, debe ponerse en conexión con el artículo 102 que se refiere al precio del contrato; precio que debe resultar de un presupuesto base de licitación suficiente, por ajustarse a los precios del mercado.

Pues bien, poniendo en conexión estos artículos, que son las dos caras de la misma moneda, resulta que el mencionado desglose puede tener sentido en los contratos de servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales (artículo 102.3. párrafo segundo), de modo que sea posible verificar que el presupuesto es suficiente para cubrir los mencionados costes laborales, y otros necesarios para la correcta prestación del servicio.

En cambio, no se considera que este desglose sea necesario en los contratos de suministro, en los que el precio de mercado debe determinarse en función de los precios que los bienes muebles a adquirir suelen tener en el mercado, ni en los contratos de obras, en los que existe un proyecto que debe contener, por exigirlo así el artículo 233.1.d) de la LCSP, “un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración”. Tampoco en los contratos de concesión de servicios, en los que debe existir un específico estudio de viabilidad, o de viabilidad económico-financiera (artículo 285.2 de la LCSP).

En el presente caso, el órgano de contratación ha fijado el precio de este contrato de suministro teniendo en cuenta “los fijados por los propios fabricantes, los cuales subsumen en el mismo las otras prestaciones consustanciales y accesorias”.

Por tanto, no se estima la pretensión del recurrente de que el órgano de contratación haya omitido en su cálculo alguno de los costes que denuncia».

A partir de ese criterio, que excluye del ámbito del precepto los contratos en que los costes salariales solo contribuyen a determinar el precio total del contrato, pero no integran o no forman parte de ese precio como tales precios o factores determinantes del



mismo, hemos de avanzar un poco más, en otros requisitos para concretar su ámbito objetivo más restrictivo aún. Así, en primer lugar, los contratos a que se refiere el artículo 100.2, último inciso, son solo contratos de servicios, y, además, no todos. La primera circunstancia limitativa deriva del artículo 102.3, párrafo segundo, que es trasunto del artículo 100.2, y que determina que

«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».

Por tanto, aquella determinación es aplicable solo a los contratos de servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales, pero no en los demás contratos de servicios en que no concurra esa especificación.

La segunda circunstancia limitativa es que, no solo los costes laborales sean el coste principal, sino que, además, ese coste económico sea el de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato. Por tanto, ha de tratarse de contratos de servicios en los que la ejecución de la prestación se efectúa por trabajadores empleados y puestos a disposición para ello, lo que excluye todos aquellos contratos en que la prestación se realiza para el público en general, de forma que el uso por la Administración contratante es uno más de muchos y el coste por ello es una tarifa, precio unitario o comisión, en el que no forman parte del precio los costes salariales de los trabajadores que en general se emplean para ejecutar el contrato: por ejemplo, tal es el caso de los servicios de agencia para gestionar los viajes del personal de la Administración pública en el ejercicio de sus funciones, o de actividades deportivas en centro deportivos municipales, o los de transporte regular de viajeros por tren, avión o autobús, en los que si bien hay costes económicos por salarios de trabajadores empleados en la ejecución, no existe una prestación directa para la entidad contratante y solo para ella, es decir, no son empleados solo para la ejecución del contrato con la Administración, sino para el conjunto de usuarios o consumidores, ni, por ello, los costes salariales forman parte como precio del precio total del contrato.



Y la tercera circunstancia limitativa es que esos costes salariales del personal empleado en la ejecución del contrato forman parte del precio del contrato. Por tanto, no es que esos costes salariales contribuyan a determinar el precio, sino que sean precio e integren parte del precio total, por lo que solo los contratos de servicios en que la ejecución del contrato requiere el empleo de trabajadores para la ejecución y su coste pasa a formar parte del precio total, bien como un factor del precio (por ejemplo, número de trabajadores por categoría y por unidad de tiempo), bien por un precio unitario por trabajador por unidad de tiempo de trabajo adicional, y tal cosa solo ocurre en las prestaciones directas a favor del órgano de contratación, que es quien recibe la prestación, cual es el caso de los servicios de seguridad y vigilancia, limpieza y otros semejantes.

Las consideraciones anteriores nos llevan a concluir que la exigencia de indicación en el presupuesto del contrato, de forma desglosada y con desagregación por género y categoría, de los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia solo es exigible en los contratos de servicios en que concurren los requisitos indicados, por tratarse de contratos en los que la ejecución de la prestación es a favor del OC, que la recibe directamente, los costes salariales son los principales, y estos son los de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato solo a favor del OC. Y, por lo mismo, solo en esos contratos de servicios esos costes salariales habrán de ser estimados a partir del convenio laboral de referencia, lo que implica que esos convenios no han de ser tenidos en cuenta ni citarse fuera de los casos de contratos de servicios indicados.

Pues bien, trasladadas esas consideraciones a nuestro caso, el Tribunal considera que, si bien los artículos 100 y 101 de la LCSP contienen un mandato claro y e incondicional del legislador, su aplicación no puede forzarse en un supuesto tan singular como el que se considera, que no responde, *stricto sensu*, al concepto de contrato de servicios típico del artículo 17 de la LCSP. Efectivamente, el contrato de servicios tiene por objeto el desarrollo, para la Administración contratante, de una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o dirigida a la obtención de un resultado distinto de la obra o suministro, prestación cuya retribución asume la Administración contratante, por ser la destinataria del servicio. Sin embargo, el contrato que se examina tiene por objeto seleccionar un servicio social del que se van a beneficiar los usuarios, asumiendo la



Administración el pago de un porcentaje del precio (el 20,39%). Se trata de un servicio social que no se ejecuta para la Administración, limitándose ésta a subvencionar o cofinanciar un porcentaje del precio, que se financia mayoritariamente (en un 79,61%) con aportaciones de los usuarios, verdaderos destinatarios del servicio. La actuación del IMSERSO se asemeja a la actividad administrativa de fomento, aportando financiación parcial a una actividad de interés social que, por su finalidad y características, se considera digna de ser subvencionada. En la Memoria Justificativa (documento nº 6) se recuerda que el objetivo del Programa es el de mantener la calidad de vida de las personas mayores mediante la participación en viajes y la realización de actividades turísticas, contribuyendo a un envejecimiento saludable, y a la vez favorecer la creación o el mantenimiento del empleo en el sector turístico, paliando los efectos de la estacionalidad, y potenciar la actividad económica de diversos sectores de la economía. Varios de los cuadros que figuran en la Memoria Justificativa y en los anexos del PCAP distinguen expresamente entre «*plazas subvención ordinaria*» y «*plazas con incremento de subvención*», y en el apartado II de la Memoria se indica que, «*como mejora con respecto a las temporadas anteriores, el pliego actual contempla un cupo del 1% de las plazas con una subvención del 50% del importe, reservado para las personas que tengan recursos económicos iguales o inferiores al importe de las pensiones no contributivas de jubilación o invalidez de la Seguridad Social*».

No estamos, por tanto, ante un contrato de servicios típico en el que el coste de la mano de obra sea lo determinante en el precio del contrato (artículo 100.2) y la prestación va a realizarse directamente por el personal empleado para su ejecución para el OC como beneficiario que la recibe, en el que lo relevante sea la mano de obra (artículo 101.2). Sino que estamos ante prestaciones mixtas de alojamiento y manutención, transporte, agencia de viajes, etc., que van a ser prestadas por los empresarios adjudicatarios para los mayores al tiempo que prestan sus servicios para el conjunto de los ciudadanos que los demandan. En este caso, la Administración, que financia con fondos públicos una parte del precio, selecciona un paquete turístico que disfrutarán los usuarios del Programa, sin que el IMSERSO asuma, en ejecución del Programa, un control directo o indirecto sobre los transportistas, empleados de establecimientos hoteleros, servicio de restauración, personal de las compañías aseguradoras, personal sanitario o personal encargado de la animación sociocultural, ni sobre sus condiciones laborales o salariales.



La obligación de velar por el cumplimiento de las condiciones sociales y laborales tiene sentido cuando la Administración controla la ejecución del servicio que se le presta. De ahí que, con carácter general, el artículo 201 de la LCSP imponga a los órganos de contratación la obligación de adoptar las medidas necesarias para *«garantizar que, en ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el Anexo V»*.

Sin embargo, el objeto del presente contrato no consiste en una prestación de hacer, única y clara, en beneficio de la Administración contratante, en la que sea determinante la mano de obra y sobre la que resulte determinante, a efectos de calcular el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, el coste salarial derivado del convenio colectivo aplicable. Por el contrario, la Administración licita para obtener un producto turístico único y a precio unitario que, sin embargo, engloba múltiples y heterogéneas prestaciones (servicio de alojamiento y manutención, transporte, póliza de seguro colectivo, animación sociocultural y servicio de asistencia sanitaria complementario de la Seguridad Social), cada una de las cuales implica la intervención de diferentes categorías de profesionales, sujetos a convenios colectivos distintos. La cuestión se complica más aún si se tiene en cuenta que, según indica el IMSERSO, la ejecución del Programa implica cerca de un millón de viajes por temporada con salidas desde todas las capitales de provincia, mediante distintos medios de transporte (terrestre, ferroviario, aéreo y marítimo), y con estancias en distintos destinos, lo que multiplica exponencialmente el número de convenios colectivos aplicables.

Por todo lo expuesto, la aplicación literal de los artículos 100 y 101 de la LCSP, en el supuesto que se examina, no es procedente, por no estar comprendido en su texto, al limitarse al caso de contratos de servicios concretos y determinados para la entidad contratante, al tiempo que se antoja extremadamente compleja, o, tal vez, imposible.

Dado que el objeto de este contrato no es un servicio (prestación de hacer) que se presta para el IMSERSO y que se financia íntegramente por dicha Administración, sino la



selección de un producto turístico integral que, por motivos sociales, se pone a disposición de los usuarios del IMSERSO con una financiación que, a modo de subvención, asume sólo parcial y minoritariamente dicha entidad pública, no parece que tenga sentido que para el establecimiento del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato se hayan de incluir, de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir de los innumerables convenios colectivos que pudieran resultar aplicables (y que ni siquiera la recurrente identifica en su recurso respecto del concreto servicio de alojamiento y mantenimiento en establecimientos hoteleros). No parece que haya sido el deseo del legislador someter a tales exigencias, materialmente impracticables, supuestos tan singulares y tan alejados del contrato de servicios típico, como el que ahora se considera.

Por todo ello, resulta lógico entender que el producto turístico integral y unitario que, en definitiva, constituye el objeto de este contrato, cumplirá las exigencias de los artículos 100 y 101 de La LCSP cuando sea adecuado a precios de mercado, lo que ocurre cuando sus precios unitarios se ajusten a los de mercado semejante en los que se oferta o vende un producto o paquete turístico en el que se incluyen prestaciones que se ejecutan con ocasión de la realización del giro o tráfico de las empresas participantes en su ejecución organizados y ofertados al conjunto de los ciudadanos.

A estos efectos, la documentación incorporada al expediente de contratación, unida a la escasa concreción de los argumentos aducidos de contrario por la recurrente, conducen al Tribunal a estimar que el órgano de contratación ha calculado el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, acudiendo a datos y procedimientos que permitan aproximarlos a los precios de mercado.

Definido el presupuesto base de licitación en el artículo 100.1 de la LCSP como «*el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido...*» (en igual sentido, cláusula 7 del PCAP), resulta claro que sólo procede incluir en el mismo las cantidades que se compromete a sufragar el IMSERSO con sus presupuestos, quedando al margen de dicho concepto legal los porcentajes de financiación que, en aplicación de la Orden SCB/926/2018, de 10 de septiembre, hayan de sufragar los usuarios. Y todo ello sin



perjuicio de los cuadros informativos que, respecto a las referidas aportaciones de los usuarios, se recojan en los pliegos y en la documentación contractual elaborada por el IMSERSO.

Pues bien, el presupuesto base de licitación contiene un desglose de costes directos (alojamiento y manutención, transporte y comercialización) e indirectos en cada modalidad de estancia y respecto de cada uno de los tres lotes, tal y como exige el artículo 100.2 de la LCSP, sin que sea legalmente exigible una subdivisión, *ad infinitum*, de ese desglose para cada una de las múltiples prestaciones del contrato.

El apartado 6 del Cuadro de características del PCAP declara, al referirse al valor estimado, que *«los precios máximos se han calculado tras realizar diferentes estudios y prospecciones sobre los precios de mercado para la realización de este tipo de programas y los costes de las plazas en la temporada del Programa vigente»*. Añade que *«el sistema de determinación del precio es por precio unitario, correspondiente a cada tipo de plaza»*, y que *«se encuentran incluidos en cada plaza los gastos que suponen los medios personales y materiales y el beneficio de la empresa»*. Con todo ello, da cumplimiento al artículo 101.7 de la LCSP.

En la Memoria Justificativa (documento nº 6), también se indica que los precios máximos se han calculado tras realizar diferentes estudios y prospecciones sobre los precios de mercado para la realización de este tipo de programas y los costes de las plazas en la temporada del Programa vigente, y se añade que *«los precios medios a abonar por los usuarios son fijos para cada una de las temporadas. Para la temporada 2019/2020 los precios de los usuarios se han incrementado una media del 0,6% sobre las cuantías fijadas para la temporada 2018/2019, asimismo, los precios de la temporada 2010/2021 se incrementan de media un 1% respecto a los precios fijados para la temporada 2019/2020»*.

Añade el órgano de contratación que, para fijar el coste de cada paquete turístico, se han considerado los precios de mercado de productos similares (los que comercializa Mundosenior Plus en un programa no vinculado al IMSERSO, los ofertados por la



Generalitat Valenciana o las «*Rutas culturales para mayores de 55 años*» de la Comunidad de Madrid), cuya documentación adjunta.

Y también se ha considerado que un 65% de los pensionistas tienen pensiones inferiores a los 1.050 euros al mes, y que sólo el 11,35% percibe pensiones superiores a 1.950 euros al mes.

En definitiva, las prestaciones objeto del contrato son la organización, gestión y ejecución del Programa de Turismo Social del IMSERSO, a modo de producto turístico cuyo diseño, comercialización y ejecución se efectúa con un doble fin: prestación a favor de los mayores y mantenimiento del empleo en zonas turísticas, en especial, para la principal actividad empresarial turística: la hotelera.

Ese producto turístico se oferta y presta a los mayores, no a la entidad contratante, por un precio determinado en base a precios unitarios, según las prestaciones que se ejecutan por las empresas adjudicatarias con su mismo personal empleado con carácter general en el desarrollo de su actividad, giro o tráfico, sea la de agencia de viajes, sea la de transporte terrestre o aéreo, sea la de alojamiento y manutención hoteleros, sea para sus clientes y el público en general, sean los mayores del programa adquirentes del paquete turístico ofertado. Por ello, en este caso, no existen trabajadores empleados específicamente en la ejecución del servicio a favor del órgano de contratación cuyos salarios formen parte del precio total, sino que existen solo costes laborales de producción o ejecución de las prestaciones propias de su total giro o tráfico mercantil.

Por todo ello, cabe concluir razonablemente que el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato se han calculado atendiendo a precios de mercado.

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. R. E. H., en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT), contra los pliegos publicados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) para la contratación de los “*Servicios de organización, gestión y ejecución del Programa de Turismo Social del IMSERSO para personas mayores y para el mantenimiento del empleo en las zonas turísticas, durante las temporadas 2019/2020 y 2020/2021*”, con expediente nº 308/2019.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación (artículo 57.3 de la LCSP).

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.