



Recurso nº 901/2018 C.A. Illes Balears 62/2018

Resolución nº 61/2019

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

En Madrid, a 1 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. B. P., en representación de CRUZ ROJA ESPAÑOLA, contra los pliegos del procedimiento "*Servicio de gestión y manutención del Centro de estancias diurnas del Ayuntamiento de Santanyí*", dividido en 2 lotes, Expediente 20/2018, convocado por el Ayuntamiento de Santanyí, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 12 de julio de 2018 por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Santanyí se acordó el inicio del expediente para la contratación del servicio de gestión y manutención del Centro de estancias diurnas con un presupuesto máximo de la totalidad de los lotes de 666.516,60 euros, IVA excluido (518.316, 60 Euros del Lote 1 y 148.200 euros del Lote 2) que se tramitaría por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, oferta con la mejor relación calidad precio y con varios criterios de adjudicación. Aprobándose el expediente por Resolución de la Alcaldía de 9 de agosto de 2018.

Asimismo, se acordó aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, publicándose el 16 de agosto de 2018 en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, los pliegos, y otra información relativa a la licitación como el estudio económico. Finalizando el plazo para la presentación de ofertas el 31 de agosto a las 14,00 horas.

Segundo. Mediante escrito presentado el 31 de agosto de 2018 en el registro de entrada de este Tribunal, la ahora actora interpuso de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que han de regir en la contratación mencionada.



Tercero. Interpuesto el recurso, por la Secretaría de este Tribunal se dio traslado del mismo al resto de licitadores para que, en su caso, formularan las alegaciones que a su derecho convinieran, no habiéndose evacuado dicho trámite por ninguna de ellos.

Cuarto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, en ejercicio de competencias delegadas, dictó resolución de fecha 13 de septiembre del 2018 por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 2012.

Segundo. El artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de



una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente está pues legitimada para interponer el presente recurso conforme al artículo 48 de la LCSP.

Tercero. Constituye el objeto de la impugnación el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas que han de regir el contrato del servicio de gestión y manutención del Centro de estancias diurnas del Ayuntamiento de Santanyí, dividido en dos lotes.

Los pliegos que han de regir los contratos son actos recurribles por medio del recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2.a) de la LCSP.

Ahora bien, debemos detenernos en primer lugar en la verdadera naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa pues mientras que el recurrente lo califica como un contrato de concesión de servicios, el órgano de contratación y la licitación en cuestión lo han considerado como un contrato de servicio.

En este punto no podemos sino reconocer los acertados argumentos que expone el órgano de contratación y es que como señala: <<... para que un contrato pueda ser calificado como de concesión de servicios debe darse también que la contrapartida que perciba la entidad concesionaria venga constituida por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Así, resulta que para que este contrato fuera calificado de concesión de servicios, la contraprestación a la entidad concesionaria debería fundamentalmente producirse explotando económicamente el centro de día, cobrando directamente a los mismos usuarios y, habiéndose transferido a la misma concesionaria el riesgo operacional, considerándose que se asume el riesgo operacional



cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento del centro de día (en este caso), la concesionaria vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que hubiera como consecuencia de la explotación del centro de día. Especificándose en el punto 4 del artículo 14 de la LCSP que "La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencia/ estimada en que incurra el concesionario no es intransferible o desdeñable."

Además, hay que decir que esta ya clásica cuestión sobre la distinción entre el contrato de servicios y el ahora contrato denominado concesión de servicios (antes denominado contrato de gestión de servicios públicos), se encuentra resuelta en el preámbulo de la actual LCSP, del que destacamos el apartado siguiente: "Pues bien, en este esquema incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar."



Pues bien, es evidente que el presente contrato no se puede calificar de ninguna manera como de concesión de servicios, toda vez que la entidad contratista no asume ningún riesgo en la explotación del centro de día, ya que la contraprestación que recibe por sus servicios consiste únicamente en una cantidad que abona la Administración, incluso de forma independiente a los usuarios que tenga el centro. Los usuarios pagan directamente a la Administración y la entidad contratista cobra por la gestión del centro, de conformidad con lo que disponen los pliegos.>>

En definitiva, nos encontramos ante un contrato de servicios y no ante un contrato de concesión de servicios.

Cuarto. El acto que es objeto de recurso son los anuncios de licitación, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas. De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP, los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato de servicios y los correspondientes Pliegos de Prescripciones Técnicas son susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato con un valor estimado superior a 100.000 €.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 51 de la LCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 31 de agosto de 2018, consta en el expediente la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público del anuncio de la licitación el 16 de agosto de 2018, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Sexto. En lo que respecta al fondo del asunto, el recurso plantea dos concretos motivos de impugnación que van a ser objeto de análisis separado en los apartados siguientes:

A.En primer lugar, la actora alega que no se ha cumplido con los requisitos de forma de la convocatoria de licitación, al no dejar prueba suficiente en el expediente de las publicaciones preceptivas conforme a lo dispuesto en el artículo 135.3 y 135.5 de la LCSP.

En particular afirma que “la presente convocatoria de licitación sólo ha publicado el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones



técnicas y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación en la Plataforma de Contratación del Sector Público” incumpléndose así lo establecido en el artículo 135.3 y 135.5 de la LCSP para los contratos de concesión de servicios.

Pues bien, hemos de señalar que los citados apartados del artículo 135 de la LCSP se refieren a la convocatoria de la licitación de contratos de concesión de servicios. Es por ello, que habiéndose aclarado en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución la naturaleza del contrato que nos ocupa, calificándose como un contrato de servicios y no como un contrato de concesión de servicios como se defiende por la recurrente decae la alegación relativa a las infracciones formales que se imputan a la convocatoria objeto del presente recurso al no resultar de aplicación los citados preceptos.

B. En segundo lugar, la parte actora centra su segunda alegación en la justificación económica del estudio económico del contrato de servicios y, en particular, en los gastos que la empresa que resultara adjudicataria tuviera que hacerse cargo. En esta línea, afirma que *“la tabla salarial del estudio económico de la presente convocatoria de licitación se ha publicado con los precios del 2017 sin haber aplicado la revisión del Convenio Colectivo de la Asamblea Autonómica de la Cruz Roja Española en las Islas Baleares del 2018, resultando ser las tablas salariales aplicables desde el 1 de enero de 2018 publicadas en el Boletín Oficial de las Illes Balears del 24 de marzo de 2018, superiores al cuadro de los gastos de personal descritos en el apartado V sobre la justificación económica del Estudio económico del contrato publicado para la actual licitación.*

Por ello, la tabla salarial del estudio económico no se corresponde con la retribución salarial que actualmente están percibiendo los trabajadores”. Y concluye que “Teniendo en cuenta que el apartado 16.1.B.1) del PCAP para el Lote 1 prevé la posibilidad de una mejora que supone un mayor coste económico para el adjudicatario, además de que los costes publicados en el Estudio económico de esta licitación no han tenido en cuenta el incremento salarial del 2018; al ser el criterio de adjudicación la mejor relación calidad/precio, consideramos que el Estudio económico y los pliegos de esta licitación no cumplen con el artículo 100 de la LCSP, con relación al presupuesto base de licitación que prevé que en el momento de elaborar/o, los



órganos de contratación han de tener en cuenta que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado, en este caso, con los costes del servicio actuales”.

Pues bien, procede reiterar la posición de este Tribunal sobre el cálculo del valor estimado de los contratos, y, en particular, la incidencia que tienen las condiciones laborales aplicables a los licitadores. Así, es muy reiterada la doctrina del Tribunal que ha sostenido (Resoluciones 310/2012, de 28 de diciembre, 83/2013, de 20 de febrero, 891/2014, de 5 de diciembre, 88/2015, de 30 de enero, y 23/2018 entre otras muchas) que, *“a la hora de fijar el presupuesto de un contrato, el órgano de contratación debe partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1 del TRLCSP. Así, en nuestra Resolución 251/2013, de 4 de julio (y, en igual sentido, Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, o 185/2012, de 6 de septiembre), se afirmó lo siguiente: “En este sentido, interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que ‘La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa’. El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 87 del TRLCSP de manera tal que cuando se indica que ‘Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados’, no se impone a la Administración un ‘suelo’ consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia, con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que, lejos de encontrarnos con un ‘suelo’ nos encontramos con un ‘techo’ indicativo.*



La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.”

En el particular de la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, es doctrina que de forma reiterada ha mantenido el Tribunal hasta la fecha la de que los convenios colectivos no vinculan a la Administración contratante a la hora de establecer el presupuesto del contrato, si bien constituyen una fuente de conocimiento (aunque no la única), a efectos de determinar el valor de mercado (artículo 87.1 del TRLCSP)”

Ahora bien, sí ha de reconocerse el mayor protagonismo que debe conferirse a los convenios colectivos, en la medida en que los artículos 100.2 y 102.3 “in fine” LCSP contienen la novedosa previsión respectiva de que “*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.*” Y 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.*”

Aplicando esta doctrina al caso, el órgano de contratación ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 100.2 “in fine” LCSP, pues ha procedido a desglosar con desagregación de categoría profesional los costes salariales estimados, señalando que se hace a partir del convenio laboral de aplicación.

Por otra parte, consideramos que, dentro del margen de discrecionalidad técnica que en este ámbito se le ofrece al órgano de contratación, no se acredita de modo suficiente por la recurrente que los costes salariales calculados por el órgano de contratación no tomen en consideración el convenio colectivo aplicable ni que, en definitiva, el precio no sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe.



En efecto, tal y como se señala por el órgano de contratación, los gastos de personal previstos en el estudio económico son:

Categoría	Horas/ semana	Salario bruto mensual (incluida prorrata pagas extras)	Salario bruto anual	Seguridad Social anual (x 12)
1 Trabajador Social (responsable)	20,00	908,44 €	10.901,28 €	3.597,42 €
1 diplomado o grado en Enfermería (DUE)	30,00	1.424,35 €	17.092,20 €	5.640,43 €
1 Terapeuta ocupacional	38,50	1.669,57 €	20.034,84 €	6.611,50 €
1 Técnico auxiliar en enfermería	38,50	1.313,03 €	15.756,36 €	5.199,60 €
1 Técnico de auxiliar en enfermería	38,50	1.490,38 €	17.884,56 €	5.901,90 €
1 trabajador familiar	10,00	325,64 €	3.907,68 €	1.289,53 €
1 limpiador	19,25	648,81 €	7.785,72 €	2.569,29 €
1 conductor	30,00	895,74 €	10.748,88 €	3.547,13 €
	SUBTOTAL	8.675,96 €	104.111,52 €	34.356,80 €
Vacaciones			8.675,96 €	2.863,07 €
Bajas y/o mejoras			4.500,22 €	1.485,07 €
	TOTAL		117.287,70 €	38.704,94 €

“...se incluyó en el presupuesto un apartado de "Bajas y/o mejoras" por importe de 4.500,22 € para sueldos + 1.485,07 € para el coste de la Seguridad Social (33% de Seguridad Social), lo que hacía un total de 5.985,29 € para posibles bajas y/o mejoras salariales.



Estos 4.500,22 € son un 3% de 150.007,35 € (104.111,52 € + 34.356,80 € + 8.675,96 € + 2.863,07 €), es decir un 3% sobre el subtotal de salarios y vacaciones.

Total máximo gastos de personal (sueldo+ seguridad social): 155.992,64 € anuales Y se remarca en el estudio económico que "la empresa adjudicataria deberá respetar el sueldo fijado en este estudio económico y en el convenio colectivo de aplicación".

El convenio colectivo de aplicación, como también indica el estudio, es el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal publicado en el BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2012. Y las tablas salariales de 2017 se publicaron en el BOE núm. 116 de 16 de mayo de 2017 y las de 2018 en el BOE núm. 52 de 28 de febrero de 2018. Según se puede observar la subida salarial fue, aproximadamente, de un 1,08 %.

Además, como se afirma por el órgano de contratación, hay que decir que aunque lo correcto es acudir al convenio señalado y no al propio de la Cruz Roja de España, si tenemos en cuenta el apartado de "Bajas y/o mejoras" por importe de 4.500,22 € (más 1.485,07 € de un 33% de Seguridad Social), resulta que los gastos de personal contemplados en el estudio económico superan el incremento de un 1,75 % para 2018 y un 1,75 % para 2019 que exige la recurrente.

En definitiva, el valor estimado del contrato es adecuado al mercado y que por lo tanto el contrato es viable económicamente y los gastos de personal previstos, como se puede comprobar en el estudio económico realizado, respetan el convenio de aplicación.

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 D. J. B. P., en representación de CRUZ ROJA ESPAÑOLA, contra los pliegos del procedimiento "Servicio de gestión y mantenimiento del Centro de estancias diurnas del Ayuntamiento de Santanyí", dividido en 2 lotes, Expediente 20/2018, convocado por el Ayuntamiento de Santanyí.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.

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 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 del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, 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.