



Recurso nº 1670 y 1689/2021 C.A. Castilla-La Mancha 171 y 174/2021

Resolución nº 1859/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021.

VISTO los recursos interpuestos por D. P.S.C., en representación de la ASOCIACIÓN DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL (en lo sucesivo, FEACEM CLM), y D. A.S.E., en representación de FUNDACION ASPRONA LABORAL (en lo sucesivo, ASLA), contra los pliegos del procedimiento *“servicio de mantenimiento, conservación, adecuación y mejora de determinadas zonas verdes de Albacete, reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social.”*, expediente 571264Y, convocado por el Ayuntamiento de Albacete, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Albacete procedió a la licitación del *“servicio de mantenimiento, conservación, adecuación y mejora de determinadas zonas verdes de Albacete, reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social”*, mediante anuncio publicado en el DOUE el 29 de octubre de 2021 y publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PLACE) en idéntica fecha. Se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y con un valor estimado de 1.805.544,00 euros.

Segundo. Disconforme con el anuncio de licitación y los pliegos, ASLA procedió a formular recurso especial en materia de contratación con fecha 10 de noviembre de 2021.

Del mismo modo, FEACEM CLM procedió a formular recurso especial en materia de contratación en idéntica fecha.



ASLA sostiene, como motivos de su recurso, el carácter erróneo en la determinación del presupuesto base de licitación, en primer lugar, porque los costes salariales de personal se han realizado sobre 25 trabajadores, cuando en realidad debería ser sobre 31, que son los que el propio pliego indica en su Anexo 9ª en el listado de personal a subrogar; en segundo lugar, porque se ha tenido en cuenta indebidamente para el cálculo del presupuesto base de licitación posibles subvenciones a percibir y bonificaciones a aplicarse por la entidad adjudicataria; en tercer lugar, porque algunos de los trabajadores no tienen la condición de personas con discapacidad; en cuarto lugar, porque los costes se han calculado conforme a convenio y no conforme a los costes derivados del personal a subrogar; y, por último, porque tampoco se ha tenido en cuenta la nueva normativa que se deriva del RD 818/2021, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del sistema nacional de empleo.

Por su parte, FEACEM CLM impugna igualmente la determinación del presupuesto base de licitación al haberse tenido en cuenta posibles subvenciones a percibir y bonificaciones a aplicarse por la entidad adjudicataria.

Tercero. Recibido el expediente, la Secretaría del Tribunal, dio traslado el 19 de noviembre de 2021, del recurso interpuesto a los otros licitadores que han participado en la licitación, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, sin que ninguno de ellos haya presentado alegaciones al respecto.

Cuarto. Por resolución de 26 de noviembre de 2021 de la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, se acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, así como de acuerdo con el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores de la licitación, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP. Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. A continuación procede estudiar la posible acumulación de ambos recursos. Así, nos encontramos con sendos recursos dirigidos a impugnar un mismo acto, los pliegos de la licitación, siendo similares y en parte coincidentes los motivos de dicha impugnación.

Consecuencia de lo anterior, este Tribunal acuerda la acumulación de ambos recursos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Cuarto. El órgano de contratación opone como excepción a la legitimación de ASLA que la entidad presentó primero la oferta económica y, posteriormente, el recurso especial, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 50.1 b LCSP.

La doctrina sobre la aplicación de dicho precepto por parte de este Tribunal viene recogida, entre otras, en la Resolución 221/2021:



«Es cierto, como apunta el órgano de contratación, que la presentación de la proposición por un licitador supone la aceptación incondicionada de la totalidad de las cláusulas y condiciones que los pliegos recogen, pues así lo establece el artículo 139 de la LCSP. No obstante, a los efectos de dirimir la admisibilidad o no del recurso, lo relevante es examinar la cronología de los actos del recurrente, pues así se deduce de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 50.1.b de la LCSP lo siguiente:

“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta a o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.

Como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todas, Resoluciones 151/2019, de 1 de marzo y 317/2019, de 29 de marzo), la regla del artículo 50.1.b LCSP, párrafo cuarto, debe ponerse en relación con el artículo 139.1, conforme al cual, la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. Por tal razón, una vez formulada su oferta, el licitador se sujeta incondicionadamente al contenido de los pliegos, los consiente y pierde la posibilidad de impugnarlos, con la salvedad que contempla el propio precepto relativa a la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho; de otro modo, si una vez presentada una proposición se permite interponer un recurso especial en materia de contratación se estaría vulnerando la buena fe por infracción del principio general del derecho venire contra factum proprium non valet».

En el caso que nos ocupa, aunque por muy poco espacio de tiempo, lo cierto es que, según se deduce de las certificaciones aportadas con el expediente, la oferta fue presentada con anterioridad a la interposición del recurso.

En efecto, mientras que la oferta fue presentada, según certificado de la PLACE, el 10 de noviembre de 2021, a las 19:17:54, el recurso fue objeto de presentación y registro el 10 de noviembre de 2021, por lo que adquirió con carácter previo la condición de licitador,



siendo por lo tanto de aplicación lo dispuesto en el artículo 50.1 b LCSP, al no deducirse del escrito de recurso motivo alguno de nulidad de pleno derecho.

En consecuencia, en aplicación de la doctrina arriba transcrita, procede inadmitir el recurso de ASLA al carecer de legitimación.

En cuanto a la legitimación de FEACEM CLM, la misma es una entidad representativa de intereses de las empresas del sector, constituyendo plataforma representativa de dichos intereses colectivos que es afín a las prestaciones objeto del contrato que se licita, por lo que a todas luces goza de legitimación directa para sostener sus pretensiones de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

A estos efectos, y como ha resuelto este Tribunal (Resoluciones nº 1050/2018 y 1414/2019), el artículo 48 de la LCSP ha introducido dos novedades respecto al artículo 42 del derogado TRLCSP. Por un lado, amplía el ámbito de la legitimación no ya sólo a aquellos que resulten perjudicados en sus derechos e intereses legítimos (tal y como lo establecía el TRLCSP), sino que se especifica que tales derechos e intereses legítimos pueden ser “individuales o colectivos” y, además, se abre a la afectación indirecta - “pueden resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”. Y, por otra parte, en lo que aquí interesa, el párrafo 2º del artículo 48 de la LCSP legitima a las organizaciones sindicales para interponer este recurso cuando de las decisiones recurribles se pudiera deducir fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplirán las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación, con la contrapartida de que también lo estará “la organización empresarial sectorial representativa de los intereses colectivos”.

El tenor del citado precepto, así como la reiterada doctrina de este Tribunal nos conduce a reconocer la legitimación activa y corporativa de FEACEM CLM para la interposición del presente recurso.

Quinto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 b) LCSP.

Sexto. Entrando al fondo del asunto, procederemos a examinar exclusivamente los motivos



del recurso de FEACEM CLM que como hemos visto, van dirigidos a impugnar la errónea determinación del presupuesto base de licitación, al descontar del mismo los importes a percibir por determinadas subvenciones, así como los derivados de la bonificación de determinadas cuotas.

Para analizar este motivo de impugnación, debemos partir de la doctrina de este Tribunal en relación con la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la determinación del precio, contenida, entre otras, en la resolución 594/2019:

«Llegados a este punto, debe recordarse que, con carácter general, a la hora de fijar el presupuesto base de licitación y el precio del contrato, se reconoce a los órganos de contratación la llamada discrecionalidad técnica. El Tribunal en la Resolución 353/2016, de 6 de mayo, y la Resolución 730/2015, de 30 de julio, señalaba que "este Tribunal tiene declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica. Así, en la Resolución 358/2015 se anticipa respecto de los criterios tenidos en cuenta para la determinación del presupuesto de licitación por el órgano de contratación que: "... al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación. Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como tal órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órgano de contratación, cuando se debaten por los licitadores las misma, mediante argumentos escasamente acreditados o, como nos ocurre en el presente caso, vacuas de norma prueba, y no estamos hablando de otra cosa que de la discrecionalidad técnica que acompaña a este tipo de valoraciones cualificadas por técnicos y efectuadas por los órganos competentes del ente que licita el contrato, frente a las que podrá alegarse en contra por los interesados, pero donde esas alegaciones carecerán, en principio de toda validez, cuando discutan cuestiones meramente técnicas sin acompañarse de prueba



suficiente y salvo, lógicamente que quede acreditado un manifiesto error en la actuación desarrollada en este ámbito por el órgano de contratación, y con ello podemos remitirnos a las numerosas resoluciones dictadas por este Tribunal en materia de la discrecionalidad técnica que, como decíamos antes, debe acompañar también las decisiones adoptada en la elaboración del objeto contractual, la fijación de los precios y su reflejo en los documentos contractuales". Pero, además, debe tenerse en cuenta que el coste estimado de personal en aplicación del Convenio Colectivo aplicable no puede ser tenido en cuenta como determinante a efectos de considerar el precio del contrato como insuficiente. Es muy reiterada la doctrina del Tribunal que sostiene (Resoluciones 310/2012, de 28 de diciembre, 83/2013, de 20 de febrero, 112/2013, de 21 de marzo, 251/2013, de 4 de julio, 341/2013, de 2 de septiembre, 143/2014, de 21 de febrero, 313/2014, de 11 de abril, 629/2014, de 8 de septiembre, 794/2014, de 24 de octubre, 891/2014, de 5 de diciembre, 264/2013, de 4 de julio, 185/2012, de 6 de septiembre, y 88/2015, de 30 de enero, 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".

Señalábamos en este sentido en nuestra Resolución 891/2014, con remisión expresa a la Resolución número 110/2013, que "al fijar el presupuesto de un contrato hay que partir del principio de eficiencia y de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto. Así lo establece el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que la regulación de la contratación tiene por objeto, entre otros, el de "...asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos...". De acuerdo con este objetivo de control del gasto hay que interpretar el artículo 87 del TRLCSP cuando 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" [...] Como también hemos señalado en resoluciones anteriores corresponde al órgano de contratación apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato (artículo 22 del TRLCSP) y, además, es el que debe ordenar la dedicación de los recursos de que dispone y definir los servicios que contrata para el cumplimiento de sus fines. "En función de dicha definición los eventuales interesados deben adoptar la decisión de



presentar sus ofertas a las licitaciones si les conviene" (Resolución 156/2013, de 18 de abril). Puesto que en la licitación se han presentado dieciséis ofertas, se debe admitir que los cálculos realizados por el órgano de contratación para determinar el precio de licitación no están por debajo del coste real del mercado, habida cuenta de que el artículo 87 del TRLCSP citado no determina los conceptos que deba contener el presupuesto de licitación de estos contratos".

Esta doctrina mantiene su vigor con la LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809). Así en la Resolución número 888/2018, de 5 de octubre, se indicaba "el artículo 100.1de la LCSP señala que «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». Y el artículo 102.1 de la LCSP precisa que «los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente». En términos similares a los que preveía la normativa anterior, y en relación con la que la Resolución 510/2018, 25 de mayo, dictada en el Recurso 381/2018 precisa que «en general, lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, o 292/2012, de 5 de diciembre).

Por otro lado, este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). [...] La Resolución 233/2018, 12 de marzo señalaba que «ciertamente, 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 1del TRLCSP".

Y, en la Resolución 1444/2018, de 17 de diciembre, se decía que "Como señala, el Órgano



Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 (JUR 2014, 256827)"...el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia, ni una ejecución normal del contrato"».

El primero de los conceptos que se discuten es la previsión de obtención de subvenciones por parte del adjudicatario que determinan un menor importe de los costes salariales.

No obstante, con carácter previo debe resolverse sobre la referencia a una norma derogada para la fijación de tales costes. Con independencia de la referencia a la citada norma, lo cierto es que el órgano de contratación en su informe al recurso justifica que los costes coinciden al aplicar la normativa actual por lo que tal cuestión no puede tener mayor recorrido.

Sentado lo anterior, este Tribunal sí considera que en este punto procede estimar las alegaciones de la entidad recurrente. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 100 a 102 LCSP, estos costes no pueden ser considerados como parte integrante de los costes salariales a tener en cuenta en la fijación del presupuesto base de licitación.

Ello se deriva, en primer lugar, de la propia naturaleza del procedimiento de concesión de subvenciones, el cual, con carácter general presenta un carácter voluntario y rogado para los potenciales beneficiarios, es decir, que el licitador puede o no pedir las citadas subvenciones.

A ello se añade que, con independencia de que por el órgano de contratación se haya indicado que para el ejercicio 2022 existe crédito para el otorgamiento de las subvenciones, lo cierto es que tales subvenciones, como cualesquiera otras, exigen el cumplimiento de



una serie de requisitos formales que el beneficiario puede o no cumplir en cada momento, sin que tal circunstancia pueda ser determinada a priori.

Por último, e igualmente pese a la existencia de un crédito general en el importe indicado en el informe del órgano de contratación para el otorgamiento de este tipo de subvenciones, lo cierto es que, como indica el propio órgano de contratación en relación con la normativa de desarrollo en su ámbito territorial del Real Decreto 818/2021 de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo (el subrayado es nuestro):

«Conforme al artículo 1.2 del Decreto 101/2021 las subvenciones tienen como finalidad aumentar la cuantía de la ayuda por mantenimiento de puestos de trabajo en centros especiales de empleo prevista en el Decreto 21/2010 pasando del 50% del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) al 55% del mismo. El crédito presupuestario disponible asciende a 700.000€ en el ejercicio 2022 para la financiación parcial del coste salarial de aquellos trabajadores que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del Decreto 101/2021 durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2021, quedando condicionada la concesión de las subvenciones a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto del ejercicio correspondiente».

Como puede verse, esta circunstancia no permite determinar en el momento de fijación de los costes, ni tampoco se acredita así por el órgano de contratación, que el adjudicatario pueda recibir una subvención por el importe descontando en relación con los trabajadores específicamente adscritos a este contrato.

En consecuencia, esta previsión, al amparo de los artículos 100 a 102 LCSP no puede considerarse como concepto vinculado a los costes salariales a tener en cuenta en la fijación del presupuesto base de licitación, por lo que esta parte del recurso ha de ser estimada.

Distinta suerte ha de correr la alegación referente a las bonificaciones de la Seguridad Social. Así, las mismas sí vienen reconocidas a la totalidad de los trabajadores con discapacidad exigidos para la ejecución del contrato en los términos previstos en el artículo 2.3 de la Ley 43/2006 para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, y pueden considerarse



como conceptos que razonablemente han de influir en la fijación de los costes salariales del contrato, quedando amparados por el principio de discrecionalidad técnica desarrollado por la doctrina arriba transcrita.

Por ello, esta parte del recurso ha de ser desestimada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, al amparo de lo previsto en el artículo 55 b) LCSP, el recurso interpuesto por D. A.S.E., en representación de FUNDACION ASPRONA LABORAL por falta de legitimación del recurrente por las razones expuestas en el fundamento de derecho cuarto , y estimar parcialmente el interpuesto por D. P.S.C., en representación de ASOCIACIÓN DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL, en los términos indicados en el fundamento de derecho sexto, contra los pliegos del procedimiento *“servicio de mantenimiento, conservación, adecuación y mejora de determinadas zonas verdes de Albacete, reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social”*, convocado por el Ayuntamiento de Albacete, ordenando se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental anterior a la aprobación del PCAP.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en 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 multa prevista en el artículo 58 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 Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los



artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.