Recurso nº 773/2019 Comunidad Valenciana 160/2019
Resolución nº 951/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de agosto de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.D.B.V., en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL TERCER SECTOR EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA, JUVENTUD Y FAMILIA, Y DE LA JUSTICIA JUVENIL (en adelante FEPJJ) contra *"los pliegos"* de la licitación convocada por la Vicepresidencia y Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas para contratar el *"Servicio para la gestión de los Puntos de Encuentro Familiar (judiciales) de la Comunidad Valenciana"*., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 27 de mayo de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación del contrato de *"Servicio para la gestión de los Puntos de Encuentro Familiar (judiciales) de la Comunidad Valenciana"*, con un valor estimado de 35.852.842,02 euros, confiriendo un plazo máximo para la presentación de ofertas hasta el 25 de junio de 2019.

Segundo. El 29 de mayo de 2019 se publicaron la Plataforma de Contratación del Sector Público los pliegos rectores del contrato.

Tercero. El 19 de junio de 2019 FEPJJ, disconforme con el contenido de los pliegos, interpuso frente a los mismos un recurso especial directamente en el registro electrónico de este Tribunal.

Cuarto. El 26 de junio de 2019 el órgano de contratación envió un correo electrónico a este Tribunal en el que ponía de relieve (1) la existencia de tres procedimientos de impugnación

AVDA. GENERAL PERÓN, 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

de los mismos pliegos- los dos que nos ocupan y el número 773/2019; (2) que el órgano estaba pendiente de la remisión del informe a los recursos especiales por parte de la unidad proponente y (3) que, en todo caso, finalizado el plazo para la presentación de ofertas o solicitudes de participación en la presente licitación, no había ningún licitador, con lo que aquélla había quedado desierta.

Quinto. El 9 de julio de 2019 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto. El 19 de julio de 2019 el órgano de contratación emitió un informe en el que reitera que

"Dada la inexistencia de ofertas, se comunica que, una vez levantada la suspensión provisional dictada por ese Tribunal, se procederá a la declaración de desierto del expediente por falta de licitadores, sin perjuicio de una próxima convocatoria de licitación que acordará este órgano".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal, sin perjuicio de lo que analizaremos en el Fundamento siguiente, es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Púbico (en adelante, "LCSP"), aplicable *ratione temporis* a la revisión del presente procedimiento de contratación, convocado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018 y el Convenio suscrito con la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones de lugar y forma de presentación del recurso especial previstas en los artículos 50 y 51 de la LCSP.

Tercero. La Recurrente está legitimada activamente para la interposición de los recursos especiales respectivos, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP y la doctrina de este Tribunal en relación con la legitimación de asociaciones empresariales (por todas, respecto de AERTE, la Resolución 286/2018, de 23 de marzo).

Cuarto. Constituye el objeto del presente recurso especial la impugnación de los pliegos del contrato de *"Servicio para la gestión de los Puntos de Encuentro Familiar (judiciales) de la Comunidad Valenciana"*. Pretende la Recurrente que se anule y deje sin efecto los referidos pliegos y demás documentación complementaria por no resultar ajustados a Derecho.

En defensa de sus pretensiones la Recurrente alega, en síntesis, (1) la infracción del artículo 63.3.a) de la LCSP y posible nulidad por infracción del art. 116.4 de la LCSP; (2) la infracción de los artículos 100, 101 y 201 de la LCSP por incorrecta estimación de los costes salariales respecto del convenio laboral de referencia y (3) la Infracción del artículo 102 de la LCSP, al no considerarse los términos económicos del convenio colectivo aplicable.

Quinto. Examinamos en primer lugar la alegación relativa a la nulidad de pleno derecho de los pliegos por falta de publicación en el perfil del contratante de la memoria justificativa del contrato, del informe de insuficiencia de medios y del documento de aprobación del expediente.

La resolución de este motivo de nulidad planteado debe partir de repasar lo dispuesto en el artículo 38 de la LCSP, que bajo la rúbrica "Supuesto de invalidez" señala que:

"Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado."

El artículo 39 de la LCSP regula las "Causas de nulidad de derecho administrativo", señalando que:

"1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera

procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea."

El artículo 40 de la LCSP, por su lado, señala que son "Causas de anulabilidad de derecho administrativo" las que siguen:

"Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

b) Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio."

La Recurrente incardina la falta de publicación de la memoria justificativa del contrato, del informe de insuficiencia de medios y del documento de aprobación del expediente en el perfil del contratante como una causa de nulidad de derecho administrativo, al considerar que se omite con ello un trámite esencial del procedimiento a los efectos del artículo 63 en relación con el artículo 116 de la LCSP.

Sin embargo, este Tribunal no puede compartir esta conclusión.

Conviene señalar que no se alega propiamente que falten los documentos reseñados (cuestión que no discute la Recurrente y debe descartarse con la lectura del expediente administrativo), sino la mera falta de publicación en el perfil del contratante. No obstante, esta pretendida falta no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez antes transcritos.

En primer lugar, parece clara la voluntad del legislador de reservar la sanción de nulidad de pleno derecho específicamente contractual en los casos de defectos de publicación a los que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la "*falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135*". Esta reserva se antoja razonable dada la trascendencia que tiene la publicación o falta de ella de la licitación en los principios de transparencia, libre concurrencia e igualdad, entre otros, que rigen el procedimiento de contratación. Principios que no se ven afectados propiamente por la falta de publicación de los documentos mencionados por la Recurrente en su escrito.

En segundo lugar, descartada la existencia de una causa de nulidad específicamente contractual, debe rechazarse asimismo que el defecto invocado pueda considerarse generador de nulidad de pleno derecho o anulabilidad desde la perspectiva general administrativa.

De una parte, el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, "Ley 39/2015") reserva la aplicación de su letra e) a los casos en los que el defecto procedimental es de tal entidad que equivale a la práctica inexistencia del mismo, a la presencia de las notas que lo caracterizan de manera esencial (por todas, STS de 2 de octubre de 2013, recurso 5719/2010). Pues bien, nada alega la Recurrente sobre la esencialidad de ese trámite de publicación y es notorio que no existe en nuestra legislación de contratos precepto alguno que ampare dicha interpretación.

De otra parte, tampoco el artículo 48.2 de la Ley 39/2015 podría resultar de aplicación, pues condiciona la anulación de la actuación administrativa cuando el defecto de forma sea tal que haga que aquélla *"carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados"*. En este caso no cabe hablar de ninguna de las dos notas, cuando sólo falta la publicación en el perfil del contratante y es evidente que todo interesado tenía un derecho general a acceso al expediente en todo momento y específicamente al hilo de la interposición del recurso especial conforme al artículo 52 de la LCSP.

Por lo expuesto, este primer motivo debe ser desestimado.

Sexto. Examinamos en segundo lugar la alegación relativa a la infracción de los artículos 100, 101 y 201 de la LCSP por incorrecta estimación de los costes salariales respecto del convenio laboral de referencia.

La resolución de esta cuestión debe partir del examen de lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP, que señala que

"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."

En nuestro caso, señala el Anexo I, Apartado E que

"Costes salariales según convenio (veáse artículo 100.2 in fine de la LCSP):…

Del total de la partida asignada a costes directos se estima que 27.031.250,00 € corresponden a costes salariales.

El sistema utilizado para determinar el presupuesto de este contrato ha sido el cálculo del coste de personal derivado de la conformación de la plantilla requerida para cada uno de los grupos de PEF en el pliego de prescripciones técnicas, tomando como base lo dispuesto en el III Convenio Colectivo para empresas de atención especializada en el ámbito de la familia, infancia y juventud en la Comunidad Valenciana, más un porcentaje del 5% en concepto de otros gastos sobre el total de gastos de personal.

Se ha tomado como fecha estimada de inicio del contrato el 1 de marzo de 2019 y de finalización el 28 de febrero de 2023.

De acuerdo con lo establecido en el art 100 LCSP, el Anexo IA recoge de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Durante la ejecución del contrato, en la medida en que se produzcan cambios en la composición de la plantilla, como resultado del cese y/o incorporación de nuevo personal, la adjudicataria velará por alcanzar una representación equilibrada de hombres y mujeres en su composición"

Esto es, los pliegos del contrato sí cumplen con la previsión de referenciar el convenio colectivo aplicable y tenerlo en consideración a la hora de fijar el presupuesto base de licitación, desglosando los diferentes costes a los que alude el artículo 100.2 de la LCSP, antes citado, el III Convenio Colectivo para empresas de atención especializada en el ámbito

de la familia, infancia y juventud en la Comunidad Valenciana, e incrementado en un porcentaje del 5% en concepto de otros gastos sobre el total de gastos de personal.

Cuestión que, por otro lado, no discute expresamente la Recurrente, quien no invoca ningún error en el cálculo partiendo de la base del convenio de aplicación, sino que , por el contrario, lo que alega la recurrente es que en el Anexo I A del PCAP, sobre subrogación, se alude a sujeción de distinto trabajadores a convenios diversos y distintos del antes citado, el III Convenio Colectivo para empresas de atención especializada en el ámbito de la familia, infancia y juventud en la Comunidad Valenciana, lo que , en su opinión, llevaría a una inadecuada e insuficiente fijación de los costes salariales de forma que serían muy inferiores frente a los resultantes de la aplicación el citado convenio sectorial y ,por ello, a la conclusión de que el presupuesto establecido sería muy deficitario hasta el punto de que hubieran sido calculados sobre dicho Convenio los costes salariales el Presupuesto sería muy superior al contenido en el PCAP, infringiéndose así el artículo 100.2 y el artículo 130.

En concreto, la recurrente, empero, sí considera que este presupuesto queda desvirtuado por la toma en consideración que debe realizarse en relación con el personal subrogado, respecto de cuyos costes se informa en el Anexo IA, en concreto como consecuencia de la aplicación de diferentes convenios específicos a este personal.

Sin embargo, se trata de dos cuestiones diferentes y con un marco de reclamación diferenciado. La información sobre los costes del personal subrogado no afecta a la legalidad de los pliegos y a la aplicación del artículo 100.2 de la LCSP siempre que los costes salariales estimados para fijar el presupuesto del contrato no sean inferiores a los resultantes de la subrogación preceptiva del personal; en este punto se trata de aplicar lo impuesto en el artículo 130 de la LCSP, que señala en su apartado 1 que

“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo

hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista."

Añade el apartado 5 del mismo artículo que

"En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista"

Esto es, el legislador impone al órgano de contratación una obligación de información respecto del personal que ha de subrogarse, reservando en favor del nuevo contratista una acción directa para reclamar contra el antiguo en caso de que los costes excedan de los informados con carácter previo.

En este sentido, puede citarse como supuesto similar el resuelto por este Tribunal en Resolución 690/2019, de 20 de junio:

"Debe recordarse que lo que impone el art. 130 al órgano de contratación es facilitar a los licitadores, en el propio pliego, "la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales" por lo que, si a juicio del órgano de contratación, no hay trabajadores afectados por la subrogación, no estaría incumpliendo dicha obligación.

Ello sin perjuicio del derecho del eventual adjudicatario del contrato a efectuar las reclamaciones que estime oportunas contra el órgano de contratación por haber incumplido la previsión del art. 130 de la LCSP al no facilitar información alguna sobre trabajadores afectados por una subrogación (que operará por ministerio de la Ley, del Convenio o acuerdo colectivo de general aplicación con independencia de su reflejo en los pliegos), si, efectivamente, se ve obligado a subrogarse en algún tipo de personal como consecuencia de la adjudicación del contrato y dicha subrogación le ocasiona un perjuicio.".

En nuestro caso, se ha aplicado y cumplido escrupulosamente el artículo 130 de la LCSP en el Anexo IA del PCAP, citando el convenio laboral aplicable a cada trabajador, que es lo correcto. No lo es, por el contrario, pretender que esos costes se fijen en relación a un Convenio distinto al aplicable a cada trabajador, como pretende la recurrente. Por otra parte, el presupuesto se ha fijado teniendo en cuenta el Convenio aplicable al sector, incrementado en un 5%, lo que, a su vez , es correcto, sin que, por lo demás, la recurrente haya acreditado en modo alguno que dichos costes salariales integrados en el presupuesto del contrato sean inferiores a los del personal a subrogar. No existe, en consecuencia, infracción ni del artículo 100.2 ni del artículo 130, ambos de la LCSP.

Por lo dicho, también este segundo motivo debe ser desestimado.

Séptimo. Por último, en relación con la vulneración del artículo 102 de la LCSP que se plantea como tercera alegación del recurso, la solución debe ser la misma a la señalada en el Fundamento anterior.

El error de base es el mismo, pues computa los costes de la subrogación laboral, respecto de los que pesa únicamente una obligación de información por parte del órgano de contratación, en un ámbito diferente del previsto en nuestra legislación, todo ello de acuerdo con lo indicado en el fundamento de derecho anterior.

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.J.D.B.V., en representación de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DEL TERCER SECTOR EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA, JUVENTUD Y FAMILIA, Y DE LA JUSTICIA JUVENIL contra *"los pliegos"* de la licitación convocada por la Vicepresidencia y Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas para contratar el *"Servicio para la gestión de los Puntos de Encuentro Familiar (judiciales) de la Comunidad Valenciana"*.

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 sanción 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 la Comunidad Valenciana, 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.