



Recurso nº 41/2019 C.A. Illes Balears 3/2019

Resolución nº 156/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 22 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. E.S.B. en representación de ESPORTS 85 S.L., contra los Pliegos del contrato de “*servicio de dinamización de los espacios jóvenes (SDEJ)*”, expediente 2018-053-A, licitado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Palma de Mallorca, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fecha 12 de diciembre de 2018, convocó licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato sujeto a regulación armonizada de “*Servicio de Dinamización de los Espacios Jóvenes (SDEJ)*” con un valor estimado de 1.617.613,12 €.

Segundo. El procedimiento se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y su normativa de desarrollo.

Tercero. Con fecha 4 de enero de 2019, ESPORTS 85 SL presentó ante el órgano de contratación el presente recurso especial dirigido contra los pliegos. En su recurso pedía la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, que fue concedida por la Secretaria de este Tribunal mediante su resolución de 28 de enero de 2019, en la que no se acordaba la suspensión del plazo para presentar ofertas.

Cuarto. El 24 de enero de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran



oportuno, formularsen las alegaciones que entendieran pertinentes, sin que ninguno de ellos haya verificado el traslado conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 y 46.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, de 29 de noviembre de 2012.

Segundo. El contrato al que se refiere el acto impugnado es un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000,00€ que, por tanto, supera el umbral cuantitativo previsto en el art. 44.1.a de la LCSP. El acto es recurrible al tratarse de los pliegos, de acuerdo con el art. 44.2.a de la LCSP.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de publicación del anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y la de presentación del recurso.

Cuarto. El recurrente está legitimado a tenor del art. 48 de la LCSP y de la doctrina de este Tribunal que lo interpreta en punto a la legitimación de un licitador para impugnar los pliegos, para una síntesis de la cual puede acudir a su resolución nº 862/2018, o a la nº 790/2018, entre otras. Al tratarse de una impugnación de pliegos, para que un operador económico esté legitimado es preciso que haya presentado oferta, porque de lo contrario no podrá ser adjudicatario y por ello no tendrá interés en el procedimiento; con la excepción de que impugne los pliegos por cláusulas discriminatorias que le impiden el acceso a la licitación en condiciones de igualdad. En este caso consta que el recurrente ha presentado oferta, por lo que podría resultar adjudicatario, y así se evidencia el interés en el procedimiento y con él la legitimación para impugnar los pliegos.

Quinto. Con carácter previo a entrar en el fondo del recurso, debe tratarse la solicitud de acceso al expediente formulada en el mismo al amparo del art. 52 de la LCSP. Señala el



recurrente que pidió acceso al expediente al órgano de contratación y que lo obtuvo, manifestando que a pesar de ello es necesario que se le proporcionen dos documentos: el informe 117/2018, de la Intervención, que se cita en varios documentos del expediente; y *“el informe que sostenga el criterio contrario al que fundamenta el documento nº 5 de los que acompañan a este recurso”*.

El art. 52.1 LCSP establece que el recurrente podrá pedir al órgano de contratación examinar el expediente con carácter previo a la interposición del recurso especial; y el apartado 3 del mismo artículo, así como el art. 29.3 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, establecen que si el órgano de contratación negara ese examen del expediente, el recurrente podrá pedirlo al Tribunal, el cual se lo pondrá de manifiesto.

Ahora bien, lo cierto es que, como se reconoce en el recurso, el órgano de contratación no le negó el examen del expediente, sino que se lo facilitó. Se dice que no se obtuvo copia, pero no se aclara si esto fue por voluntad propia del recurrente o porque el órgano de contratación se lo negase (por lo que no hay por qué pensar que fue así); pero sobre todo es que la queja del recurrente no es que no se obtuviera copia, sino que no pudo examinar dos documentos concretos, que ahora pide ver. Acceder a esos dos documentos es claramente el foco de su petición de acceso al expediente en el fundamento jurídico primero de su recurso y en el otrosí III.

Por tanto, sentado que hubo acceso al expediente, debe examinarse si éste estaba o no incompleto sin esos dos documentos que ahora pide el recurrente. En primer lugar, el informe de la intervención: este informe no puede considerarse que forme parte del expediente de contratación, porque no es un documento propio del mismo que exija la legislación de contratos. Por el contrario, pertenecerá al procedimiento de aprobación del gasto, que es un procedimiento presupuestario distinto del contractual; o bien, será un informe interno con carácter previo, preparatorio, y precisamente por ese carácter no formará parte del expediente de acuerdo al art. 70.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.



En cuanto al segundo de los documentos que se piden, es patente de la redacción de la propia petición que es un documento meramente hipotético. No se menciona en ningún lugar del expediente, simplemente el recurrente da por hecho que existe. Pero esto no tiene por qué ser así, pudiendo el órgano de contratación apartarse del informe por su propio criterio. Aparte de que no lo hace, pues lo único que llega a decir el informe es que en los pliegos hay que advertir de todos los trabajadores con derecho a subrogación aunque sean más que los requeridos por los pliegos, y en concreto de todos los dinamizadores aunque excedan de 5, que es el número de dinamizadores que establece el pliego para el nuevo contrato; y en el PCAP efectivamente se advierte de todo el personal con derecho a subrogación (aparecen los 9 dinamizadores del contrato anterior) –lo cual el recurrente no discute.

Por tanto, el acceso al expediente fue completo, ya que de los dos documentos que el recurrente pretende examinar, uno no forma parte del expediente de contratación y el otro es meramente hipotético, sin que conste su existencia. Ante lo cual, procede denegar su petición de vista del expediente.

Sexto. En cuanto al fondo, procede la desestimación. El núcleo de la argumentación del recurso es que el presupuesto en materia de costes de personal es insuficiente porque el adjudicatario tendrá que hacerse cargo, debido al derecho de subrogación establecido en el convenio aplicable, de más personal de cierta categoría que el que requiere el pliego (porque en el contrato anterior había más), de manera que tendrá que despedir a los trabajadores que ya no son requeridos por el nuevo contrato y eso le generará un coste en indemnizaciones que el pliego no prevé.

Sin embargo, es doctrina de este Tribunal que la entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que licite, y en concreto que no está obligada a mantener el mismo personal. Por otro lado, en caso de que un contrato prevea menos personal que el anterior y el convenio aplicable prevea la subrogación, la consecuencia no ha de ser necesariamente el despido de los trabajadores, pues el adjudicatario que se subroga en sus contratos puede asignarles otras funciones; despedirlos es una decisión de dicho adjudicatario. Y en caso de que lo haga, este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario,



sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna. A este respecto, puede citarse la resolución nº 23/2018, y especialmente la nº 88/2015:

En cualquier caso, y aun cuando lo anterior ya sería suficiente para desestimar el motivo, resulta conveniente recordar 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 TRLCSP (Resoluciones 185/2012, 310/2012, 83/2013, 110/2013, 251/2013, 315/2013, 341/2013, 143/2014, 313/2014, 629/2014, 794/2014, 891/2014, entre otras). Con tales referencias a la vista, ha de determinar el objeto del contrato que desea celebrar y sus condiciones (Resoluciones 281/2012, 136/2013, 156/2013, 194/2013, 243/2014, entre otras) incluyendo la relativa al personal necesario para ejecutar la prestación (Resolución 670/2014), sin encontrarse obligado a mantener las mismas condiciones que en ocasiones anteriores (Resoluciones 264/2013, 628/2014, 629/2014). Es entonces cuando se ha de proceder a valorar esta prestación para fijar el presupuesto de licitación “atendiendo al precio general del mercado” (artículo 87.1 TRLCSP), pues el presupuesto debe estar en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, 292/2012).

[...]

Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que el órgano de contratación no haya tenido en cuenta -según revela su propio informe- el coste -salarial o indemnizatorio- que entrañaría para el adjudicatario tener que asumir el personal de la actual contrata que pudiera tener derecho a la subrogación en los términos previstos en el Convenio Colectivo de referencia. Obviamente, un reproche como éste sólo tendría sentido si el número de trabajadores de la contrata anterior excediera del mínimo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, extremo que, como hemos dicho, no se ha acreditado y no resulta del expediente. Pero es que, aunque así fuera y un eventual adjudicatario hubiera de



asumir más personal que el mínimo previsto para el contrato, ni los salarios ni seguros sociales ni, menos aún, las eventuales indemnizaciones por el despido de los trabajadores que exceden del número exigido por el Pliego podrían tenerse en cuenta para el cálculo del presupuesto de licitación, desde el momento en que, en puridad, no formarían parte del coste de la prestación que se pretende contratar que es, como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/2008, la referencia a la que obliga a estar el artículo 87.1 TRLCSP. Dicho en otros términos, los costes laborales que deben tenerse en cuenta serán los de los ocho empleados que el Pliego de Prescripciones Técnicas exige (cfr.: antecedente de hecho quinto de la presente Resolución), no los de aquellos otros que puedan estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior y que excedan de tal número.

Entender lo contrario abocaría al resultado convertir a las entidades sujetas a la normativa de contratación pública en financiadora de medios que no precisa para el ejercicio de sus funciones, escenario absurdo que, como fácilmente se comprenderá, es contrario a los más elementales principios de racionalidad en la gestión del gasto público.

Hay que señalar, además, que la previsión del art. 102.3 párrafo 2º de la LCSP, que obliga a tener en cuenta lo previsto en los convenios colectivos al fijar el precio cuando el principal coste sea de personal, en nada obsta a esta conclusión. Y ello porque tal norma obliga a tener en cuenta los convenios respecto del coste salarial de los trabajadores que sean necesarios para la ejecución del contrato, pero no puede interpretarse en el sentido de llegar a abarcar los costes de indemnización por despido, en su caso, de los que no.

Y ello porque el art. 102.3, donde se incluye dicha norma, ordena a los órganos de contratación cuidar 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”*, lo cual obliga a interpretar su párrafo segundo en el sentido de que se refiere precisamente a los costes salariales de los trabajadores que van a intervenir en el cumplimiento del contrato, y por tanto no a otro tipo de costes en que se pueda incurrir en relación con otros trabajadores que en nada van a repercutir en el cumplimiento del contrato. Más aún si se pone en relación con el apartado 1 del mismo artículo que, como se ha dicho antes, establece como referencia del precio *“la prestación realmente*



ejecutada”, excluyendo, por tanto, según ha dicho este Tribunal en resoluciones como las citadas, que el precio incluya conceptos que no son remuneración de ninguna prestación que ejecute el adjudicatario, como sería el caso de esos costes de eventuales indemnizaciones por despido.

Finalmente, debe aclararse que la resolución de este Tribunal nº 0844/2017, que cita el recurso, tampoco modifica lo anterior, pues no analiza la inclusión de eventuales costes por despido en el presupuesto, sino el posible carácter anormal de la oferta de un licitador que preveía emplear al personal a subrogar en una jornada menor que la que tenía: el foco no está tanto en los eventuales costes indemnizatorios por despido o reducción de jornada sino en el hecho de que la oferta preveía gastos más bajos de lo posible y por tanto no era viable, que es lo que concluye el Tribunal cuando en esa resolución señala: *“en efecto, de incurrir en estos menores gastos que afirma la recurrente en su justificación, las prestaciones objeto del contrato no podrán cumplirse a satisfacción, pues actualmente las desarrolla el personal que debe ser subrogado”*. Se trata, pues, de los gastos laborales propios del personal que sí va a ser subrogado y sí va a ser empleado por el adjudicatario para ejecutar la prestación, no del que no lo va a ser, como en este caso; es decir, se trata de los gastos necesarios para el cumplimiento de la prestación y vinculados a ella. Al contrario de lo que sucede en este caso.

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. E.S.B. en representación de ESPORTS 85 S.L., contra los Pliegos del contrato de *“servicio de dinamización de los espacios jóvenes (SDEJ)”*, expediente 2018-053-A, licitado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

Segundo Levantar, en cumplimiento del art. 57.3 de la LCSP, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación adoptada en el seno del presente recurso.

Tercero. No apreciar mala fe o temeridad a los efectos del art. 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 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.