

“Expediente: 8/2019

Resolución: 7/2019

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 17 de Julio de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. F.M.J. en calidad de Secretario General y en representación de la FEDERACIÓN DE EMPLEADOS Y EMPLEADAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES en Málaga (FSP-UGT) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato del **servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (Expte. SE 135/19)**, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 7 de mayo de 2019 se publicó en la plataforma de contratación del sector público anuncio de licitación del contrato de servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, mediante tramitación por procedimiento abierto, tramitación ordinaria.

El valor estimado del referido contrato según el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público es de 12.222.250,00 euros.

A la vista del importe del valor estimado se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, habiéndose publicado anuncio de licitación el día 7 de mayo de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea (2019/S 088-211249).

SEGUNDO. - Con fecha 28 de mayo de 2019, se presenta en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN DE EMPLEADOS Y EMPLEADAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES en Málaga (en adelante FSP-UGT) contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato referenciado en el encabezamiento de la presente resolución.

TERCERO.- Asimismo ha de referenciarse que con fecha 12 de Junio de 2019, este Tribunal acordó con fecha 12 de junio de 2019 la adopción de medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente de contratación SE 135/19 del servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, incluido el plazo para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados de conformidad con lo establecido en el art 49.4 LCSP, en virtud de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASADE en relación a los pliegos del expediente de contratación que son objeto del presente recurso.

CUARTO. - Con fecha 13 de junio de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito del recurso especial en materia de contratación interpuesto por FSP-UGT, solicitando la remisión del expediente de contratación, informe del órgano de contratación en cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, así como listado comprensivo de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efecto de notificaciones. Dicha documentación ha sido remitida a este Tribunal con fecha 17 de junio de 2019.

QUINTO. - Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal con fecha 19 de junio de 2019 se ha dado traslado del recurso interpuesto al resto de entidades licitadoras de conformidad con el listado remitido por el órgano de contratación, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que consideraran oportunas al amparo de lo establecido en el art. 56.3 LCSP.

En el plazo de alegaciones concedido se ha presentado alegaciones dentro del plazo legalmente conferido al efecto por D. J.M.H.A en representación de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) en el que concluye que *“esta Patronal no se opone ni al estudio del R.E. trasladado, ni tampoco a su estimación, lo que ha de conllevar la modificación del precio para cubrir los gastos resultantes del servicio”*.

SEXTO.- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en lo que no se opongan a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como por el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 de art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. - Con carácter previo a analizar los restantes motivos de admisión, así como en su caso las cuestiones de fondo planteadas, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Señala a tal efecto el art. 48 LCSP que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización del servicio (...).”

Así como señala la **Resolución nº 339/2018 del TARC de Andalucía** en lo relativo a la legitimación de los sindicatos para interponer recurso especial en materia de contratación:

“Respecto de la legitimación de los sindicatos, el Tribunal Constitucional (SSTC 358/2006, 153/2007, 202/2007, y 33/2009, entre otras) parte de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar las decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Ahora bien, también indica dicho Tribunal que esa genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que se entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como ya se dijo en la STC 210/1994, la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacer valerse”.

En el caso que se somete a la consideración de este Tribunal, el sindicato recurrente invoca cuestiones que afectan a los trabajadores, dado que considera que el precio unitario que figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares resulta insuficiente para cumplir con las obligaciones que se establecen en el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes publicado en el B.O.E. nº 229 de 21 de septiembre de 2018.

Por lo que en atención a tales consideraciones, debe reconocer legitimación a la organización sindical recurrente al cumplirse los requisitos exigidos para tal reconocimiento de conformidad con las previsiones del art. 48 LCSP.

TERCERO. - Seguidamente procede analizar si el recurso se ha interpuesto contra algunos de los supuestos legalmente admisibles y contra alguno de los actos susceptibles de recurso por esta vía, de conformidad con lo establecido en el art. 44 LCSP en sus apartados primero y segundo.

Así el expediente de contratación que es objeto de licitación goza de la naturaleza de un contrato de servicios con un valor estimado de 12.222.250,00 euros, cumpliendo el umbral mínimo establecido en el art. 44.1.a) LCSP, habiéndose convocado por una entidad con la naturaleza de Administración Pública a los efectos de la LCSP como es el Excmo. Ayuntamiento de Marbella, e interponiéndose el recurso contra uno de los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación como son los pliegos de cláusulas administrativas particulares de conformidad con lo previsto en el art. 44.2.a) LCSP el cual indica que *“podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*.

CUARTO. - En lo que se refiere al plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación y su cómputo cuando el mismo se dirija contra los pliegos que rigen la licitación, señala el art. 50.1 LCSP que *“el procedimiento del recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos.

Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil del contratante (...).”

En relación a dicho aspecto el anuncio de licitación relativo al expediente de contratación que es objeto del presente recurso fue publicado en el perfil del contratante del Excmo. Ayuntamiento de Marbella alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 7 de Mayo de 2019, estando a disposición de los interesados los pliegos relativos a dicha licitación desde el mismo 7 de Mayo de 2019, por lo que habiéndose presentado el recurso especial en materia de contratación por la asociación ASADE con fecha 28 de Mayo de 2019 en el registro de este Tribunal, cabe concluir que el mismo ha sido objeto de presentación dentro del plazo legalmente establecido.

QUINTO. - En lo relativo a las cuestiones de fondo, se alega por la organización sindical recurrente lo siguiente:

“1.- El precio unitario de trece euros (13 euros/hora IVA incluido), a razón de doce euros con cincuenta céntimos (12,50 €), más cincuenta céntimos en concepto del 4% de IVA establecido en el apartado 5 del pliego de cláusulas económico administrativas particulares para la contratación del servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella resulta notoriamente insuficiente para cumplir con las obligaciones de las que se dispone en el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes publicados en el B.O.E. nº 229, de 21 de septiembre de 2018, y los preceptos normativos relacionados con la prevención de riesgos laborales recogidos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE nº 269 10/11/1995.

2.- El precio unitario calculado por esta Federación de empleados de los Servicios Públicos, de la Unión General de Trabajadores en Málaga asciende a la cantidad de 14,71 €/ hora considerando exclusivamente la mano de obra y los costes directos en aplicación de las normas indicadas ut supra. A dicha cantidad deberá repercutirse el beneficio industrial y otros que esta Organización no incluye al no ser de su competencia.

3.- Con objeto de acreditar la cantidad resultante se adjunta como anexo I los cálculos realizados.”

SEXTO. - En relación a las infracciones alegadas por la organización sindical recurrente, concluye el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del recurso interpuesto que:

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 100.2 LCSP, los pliegos que rigen la contratación de referencia, no cumplen con la obligación impuesta en el citado artículo, pues no se ha consignado de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

SÉPTIMO. - Con carácter previo a examinar las cuestiones que se plantean por la recurrente se hace necesario examinar las cláusulas correspondientes del pliego de cláusulas administrativas particulares, de forma que se establece en la cláusula 5ª del mismo lo siguiente:

“5. PRESUPUESTO DEL CONTRATO. Artículos 100 a 102 LCSP.

PRECIO UNITARIO, PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

Se establece un precio unitario para la prestación del servicio por hora TRECE HORAS (13 horas/horas IVA incluido), a razón de DOCE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (12,50€) más CINCUENTA CÉNTIMOS en concepto del 4% de IVA.

Este precio viene determinado por la Resolución de 23 de noviembre de 2007 de la Consejería para la Igualdad y Derechos Sociales de la Junta de Andalucía y la Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

En consonancia con dicha previsión debe traerse a colación la nueva redacción incorporada por la LCSP en lo relativo a la fijación del presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato.

Así el art. 100.2 LCSP en lo relativo al presupuesto base de licitación 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”.

Por su parte el art. 101.2 LCSP en cuanto al valor estimado y su cálculo señala que “deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivado 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 tanto que en lo relativo a la fijación del precio establece el art. 102.3 LCSP 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 base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

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”.

OCTAVO. - Así y entrando ya a analizar las cuestiones de fondo que se suscitan procede hacer referencia a la propia doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que como indica en su **Resolución nº 632/2018**, tras la entrada en vigor de la ley 9/2017, de 8 de noviembre:

“A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación.

Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los pliegos (art. 100.2 LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (art. 101.2 LCSP), y para la fijación del precio (art. 102.3 LCSP). Pero también a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, así como la obligación a los órganos de contratación de velar por su cumplimiento de las condiciones salariales una vez adjudicado el contrato, y erigiéndose su infracción en causa de imposición de penalidades.

Por todo ello, se ha de concluir que existe una mayor vinculación, intensidad y deber de cuidado por el respeto de la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución. Debe por ello revisarse la doctrina sentada por este Tribunal en sus resoluciones anteriores, con el fin de incorporar las obligaciones que impone al respecto la nueva ley de Contratos del Sector Público”.

Por tanto, en consonancia con ello y como ya hemos señalado con ocasión del recurso interpuesto por la asociación ASADE contra los PCAP y PPT del mismo expediente de contratación, en la tramitación del mismo se ha infringido la obligación establecida en el art. 100.2 LCSP la cual no puede entenderse cumplimentada por remisión a la Orden de la Junta de Andalucía que se establece en la cláusula 5ª PCAP, por lo que el presupuesto base de licitación no relaciona los costes salariales estimados a partir del convenio laboral desglosados y con desagregación de género y categoría profesional, de manera que ello supone la omisión de unos datos cuyo conocimiento es fundamental para la adjudicación y ejecución del contrato, a fin de justificar adecuadamente el correcto cálculo del valor estimado, y garantizar que la fijación del precio resulta ajustada a las nuevas previsiones de la LCSP, y por ende ajustada a Derecho.

Es por ello por lo que el motivo del recurso debe ser estimado y anulada por ello la cláusula 5ª del PCAP, como ya hemos señalado con ocasión de la resolución del recurso especial interpuesto paralelamente por la asociación ASADE.

No obstante, y en cuanto a la pretensión central de la organización sindical que considera notoriamente insuficiente el precio unitario fijado en los PCAP a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales que resulta del contrato objeto de licitación, ha de concluirse al igual que en las resoluciones **nº 632/2018 y nº 883/2013** del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y tomando como referencia la última de las indicadas procede:

“Señalar en todo caso que la infracción ahora declarada del artículo 100.2 de la LCSP, no permite tampoco emitir un pronunciamiento en relación con el incumplimiento que de los artículos 101.2 y 102.3 de la LCSP que también postula la recurrente, ya que, el Tribunal ignora cuales han sido los costes salariales tomados en consideración por el órgano de contratación, así como el convenio colectivo de referencia, por lo que, su omisión impide determinar si el valor estimado y el precio del contrato fijados en el PCAP son o no ajustadas a Derecho, al carecer de los elementos imprescindibles para ello”.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO. - Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. M. J., en representación de la FEDERACIÓN DE EMPLEADOS Y EMPLEADAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES en Málaga (FSP-UGT), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la adjudicación del contrato de “servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (Expte. SE 135/19)” anulando la cláusula quinta del pliego de cláusulas administrativas particulares, en consonancia con lo indicado en el Fundamento de Derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. - Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. - Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.”