

**Recurso 104/2018****Resolución 161/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Concesión administrativa del servicio público de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Guadalcanal para la atención de usuarios beneficiarios de la Ley de Dependencia” (Expte. PBA/2/2018), convocado por el Ayuntamiento de Guadalcanal (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 8 de marzo de 2018, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm. 55, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Guadalcanal el 9 de marzo de 2018.

El valor estimado del contrato es de 723.641,34 euros.



**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** El 12 de marzo de 2018, se presentó por la entidad INEPRODES, S.L. (en adelante INEPRODES), en la oficina de Correos de Cabra (Córdoba), escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento. El citado recurso tuvo entrada en el Registro general del Ayuntamiento de Guadalcanal con fecha 15 de marzo de 2018.

**CUARTO.** Posteriormente, el 26 de marzo de 2018, tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito presentado por la entidad INEPRODES comunicando la interposición del citado recurso ante el órgano de contratación.

Con fecha 27 de marzo de 2018 se da traslado al órgano de contratación de dicha comunicación y, mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 28 de marzo de 2018, se le requiere el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y un listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El recurso presentado, junto con la documentación requerida, fue remitido por el órgano de contratación mediante correo postal a este Tribunal el 26 de marzo de 2018, teniendo entrada en el Registro de este Órgano con fecha 11 de abril de 2018.

**QUINTO.** Con fecha 13 de abril de 2018, una vez concluido el plazo de presentación de ofertas, se requirió al órgano de contratación para que remitiese el listado de



licitadores, siendo recibido en este Tribunal con fecha 17 de abril de 2018.

**SEXTO.** Con fecha 26 de abril de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya presentado ninguna dentro del plazo concedido.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también



especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquellos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Guadalcanal comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, ni ha solicitado la asistencia de la Diputación Provincial, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente a los pliegos que rigen la contratación, que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el TRLCSP.

No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión de servicio público.

Como hemos señalado, el escrito de impugnación se deduce frente a los pliegos de una contratación que es calificada por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concesión.

La adecuada tipificación de este tipo de contratos como gestión de servicios públicos o como servicios es una cuestión que ya ha sido analizada por este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 83/2016, de 21 de febrero y 85/2017, de 2 de mayo también referidas al mismo contrato objeto del presente recurso, esto es, el servicio de ayuda a domicilio. En ellas, se hacía referencia a la jurisprudencia comunitaria que, a la luz de



la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio (v.g. las sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater). Y donde, además, ya se señalaba que las definiciones al respecto contenidas en la Directiva 23/2014/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión surtirían plenos efectos jurídicos al ser claras, precisas y no hallarse condicionadas.

De este modo, el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico ya ha vencido. Por tanto, estaremos ante una concesión de servicios si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público en el sentido que define el artículo 5 de la Directiva citada y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

En este contrato, se pone de manifiesto que no se produce una efectiva transferencia del riesgo de la explotación al adjudicatario, pues existe una previsión de horas anuales, un precio máximo unitario por hora y un presupuesto estimado total, y aún cuando el número anual estimado de horas pueda fluctuar y suponga una cierta exposición a las incertidumbres de la demanda, este riesgo de variación de la demanda es mínimo.

Por tanto, dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios y, por tanto, incluido dentro de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1 del TRLCSP, al ser su valor estimado superior a 221.000 euros.



Por todo ello, dado que son objeto de impugnación los pliegos que rigen la licitación, resulta procedente el recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 y 2 del TRLCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 9 de marzo de 2018, siendo puestos los pliegos a disposición de las licitadoras en igual fecha. En consecuencia, al haber tenido entrada el escrito de interposición del recurso en el Registro del órgano de contratación el 15 de marzo de 2018, presentado en la oficina de Correos el 12 de marzo de 2018, aquel se encuentra interpuesto dentro del plazo legal indicado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente alega que la regulación de los pliegos, en relación a una de las mejoras establecidas como criterio de adjudicación, no es ajustada derecho. Por tanto, y antes de exponer los argumentos de las partes al respecto, es conveniente atender al contenido de los pliegos sobre este extremo.



En tal sentido, el apartado 2º de la cláusula 14 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT), bajo la rúbrica “mejoras técnicas”, recoge como uno de los criterios de valoración la mejora objeto de impugnación, otorgándole un máximo de 10 puntos, con el siguiente tenor literal:

*“2. Mejoras técnicas: Hasta 25 puntos*

*Se valorará:*

*(...)*

*· Declaración expresa que garantice la disponibilidad de la empresa con respecto a su obligación de pago de salarios en su correspondiente fecha de abono independientemente de percibir o no el ingreso de los servicios prestados a cargo del Ayuntamiento ... hasta 10 puntos”.*

Pues bien, al respecto, pone de manifiesto la recurrente en su escrito que el criterio transcrito vulnera la normativa en materia de morosidad, así como los convenios firmados entre la Consejería de Igualdad y Bienestar Social (actual Consejería de Igualdad y Políticas Sociales) y los entes locales andaluces. Además, señala que el criterio atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, beneficiándose a aquellas empresas con una presunta mayor capacidad financiera.

Frente a tal alegato el órgano de contratación sostiene que la opción de valorar este compromiso de la adjudicataria va unida a la calidad de la prestación del servicio, al respeto y garantía de los derechos de los trabajadores de la empresa y, a la particularidad de la financiación del servicio mediante subvención de otras Administraciones.

En este sentido, señala el informe que para garantizar que los trabajadores del servicio y los usuarios no sufran menoscabo en sus derechos se estima necesario que la empresa tenga capacidad de abono puntualmente de las nóminas y los seguros sociales de sus trabajadores, señalando que el retraso del ingreso en las arcas municipales de los abonos correspondientes no debe repercutir en el abono de las citadas cantidades, y



ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento reconozca y abone los intereses legales de demora que correspondiesen en el retraso de los pagos.

**SEXTO.** Pues bien, expuestas las alegaciones de las partes, procede examinar si, como señala la recurrente, la mejora impugnada es o no ajustada a derecho.

En relación a ello, el artículo 150.1 del TRLCSP dispone que *«Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes».*

Tales criterios relacionados en el artículo 150.1 del TRLCSP habrán de considerarse, sin duda alguna, vinculados directamente al objeto del contrato y si bien ello no impide que también puedan utilizarse otros, la amplia lista de criterios del artículo nos permite llegar a una primera conclusión y es que aquellos han de ir referidos necesariamente a la prestación que se contrata, bien a sus características intrínsecas, bien a su modo de ejecución.

Asimismo, el informe 9/2009, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado de 31 de marzo, sostiene que la vinculación directa con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar en la valoración de las ofertas y concluye que los mismos han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las



consecuencias directas derivadas de la misma, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma.

En este sentido, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión aquí suscitada en resoluciones anteriores. Así, en la Resolución 240/2015, de 29 de junio, señalábamos que *“No debe olvidarse que lo determinante para apreciar la objetividad del criterio elegido no es que guarde una mera relación con el suministro, sino que se halle directamente vinculado al mismo en el sentido de que repercuta en una clara mejora de sus cualidades o características intrínsecas o de las condiciones concretas de ejecución de la propia prestación. No en vano el TRLCSP insiste en que la vinculación sea directa, por lo que no basta la mera relación que pueda existir entre objetos diferentes (material fungible de radiología y mesa de anestesia) para la buena ejecución de una determinada técnica médica, sino que lo relevante será que el criterio elegido aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo por medio del contrato, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución en cuanto al plazo, condiciones de entrega etc., o en última instancia, porque se trate de un elemento accesorio imprescindible para el buen funcionamiento o uso del bien adquirido”*.

Sobre la base de las premisas expuestas, debe analizarse ahora si la mejora impugnada por INEPRODES (Declaración expresa que garantice la disponibilidad de la empresa con respecto a su obligación de pago de salarios en su correspondiente fecha de abono independientemente de percibir o no el ingreso de los servicios prestados a cargo del Ayuntamiento) se encuentra vinculada al objeto del contrato que es el servicio de ayuda a domicilio.

Como hemos señalado, el órgano de contratación sostiene que la citada mejora redundará en la calidad de la prestación del servicio, garantizando que los trabajadores del servicio y los usuarios no sufran menoscabo en sus derechos.



Pues bien, visto como hemos señalado que los criterios de adjudicación deben encontrarse vinculados al objeto del contrato, en el presente supuesto, resulta evidente que, aunque no cabe duda de la loable intención del órgano de contratación, no se cumpliría con este requisito, puesto que se pretende valorar un aspecto que no aporta una ventaja ni un valor añadido al servicio objeto del contrato, más aún cuando, con independencia de las circunstancias alegadas por el órgano de contratación respecto a los posible retrasos en el ingreso en las arcas municipales de las cantidades correspondientes, el pago puntual de los salarios es en sí mismo una obligación legal del empresario, perviviendo en el adjudicatario los vínculos jurídicos de los que surgen obligaciones y derechos propios del ámbito de actividad empresarial o profesional, como es la obligación de pagar los salarios a los trabajadores.

Así, a juicio de este Tribunal, de tal declaración tampoco parece claro que se derive una mejor prestación del servicio (ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación) y su valoración como criterio de adjudicación efectivamente puede ocasionar distorsiones entre las licitadoras, originando un tratamiento no igualitario y discriminatorio de las mismas, por lo que debe convenirse que su inclusión como criterio de valoración de las ofertas no es conforme a Derecho.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el criterio impugnado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INEPRODES, S.L.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Concesión administrativa del servicio público de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Guadalcanal para la atención de usuarios beneficiarios de la Ley de Dependencia” (Expte. PBA/2/2018), convocado por el Ayuntamiento de Guadalcanal (Sevilla) y, en consecuencia, anular los mismos, debiendo procederse en los términos expuestos en esta Resolución.

**SEGUNDO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta 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.

