

Recurso 179/2015**Resolución 371/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 27 de octubre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **CELEMIN Y FORMACION S.L.** contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato de servicios denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la Provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación” (Expte 230/ISE/2015/MA), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado, la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 31 de julio de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Dicho anuncio fue publicado también en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el mismo día 31 de julio.

El valor estimado del contrato es de 241.802,00 €.

SEGUNDO: El 13 de agosto de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la entidad CELEMIN Y FROMACION, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El citado recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, teniendo entrada en el mismo el 18 de agosto.

TERCERO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 21 de agosto de 2015, solicitó al órgano de contratación el listado de las empresas licitadoras con indicación de su domicilio, correo electrónico, teléfono y fax, a efectos de notificaciones. Dicha documentación fue recibida en el registro del Tribunal el día 24 de agosto

CUARTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 26 de agosto de 2015, se concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones.

En el plazo concedido para ello ningún licitador ha presentado alegaciones en relación con el recurso presentado por CELEMIN Y FORMACION, S.L.

QUINTO. Mediante resolución de 26 de agosto de 2015, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el 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.

SEGUNDO. Hay que analizar si la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP que dispone que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

La recurrente, en el momento de interposición del recurso, no había presentado oferta en el procedimiento de adjudicación, puesto que lo que pretende con el recurso es la anulación de la licitación y de los pliegos.

La noción de legitimación implica una relación específica entre el actor en un proceso y el objeto de la pretensión o petición que se ejercita. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una titularidad jurídica por parte de quien ejercita la acción y se materializa de prosperar ésta. Luego para que exista interés legítimo la resolución impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, sin que sea suficiente el mero interés por la legalidad.

Al objeto de examinar la legitimación de la empresa recurrente conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sec. 4^a, según la cual *“Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien*

no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”

Por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, máxime cuando lo que se pretende es que se anulen o modifiquen los pliegos para poder licitar, como sucede en este caso.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato en cuestión es un contrato de servicios que pretende concertar una poder adjudicador, no sujeto a regulación armonizada por tratarse de un servicio comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, pero con un valor estimado superior a 207.000 euros. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) del TRLCSP, el presente contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Asimismo, los actos impugnados son los pliegos que han de regir la licitación del citado contrato, siendo susceptibles de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél 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 presente caso, el anuncio de la licitación se publicó, el 31 de julio de 2015, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante en donde, asimismo, se publicaba la información y documentación necesaria para presentar oferta a la licitación, incluidos los pliegos. Por tanto, el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir de ese día, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 13 de agosto de 2015 en el Registro del órgano de contratación, aquél se interpuso 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.

En el recurso la recurrente solicita la declaración de nulidad de los pliegos de condiciones y en particular de la cuantía del presupuesto de licitación del contrato.

En cuanto a la declaración de nulidad de los pliegos de condiciones y en particular de la cuantía del presupuesto de licitación del contrato, centra su recurso en que el presupuesto de licitación es insuficiente para cubrir los costes salariales de acuerdo con el Convenio colectivo aplicable.

Fundamenta su alegato calculando los costes que, según ella, serían necesarios para poder ejecutar el presente contrato y que estos serían superiores al presupuesto de licitación. Acompaña a su recurso una cuenta de explotación en la que recoge el cálculo del coste que, a su juicio, sería necesario para la prestación del servicio y que resulta superior al precio de licitación. En dicha cuenta expone los costes según se trate de centros educativos con concierto o sin concierto y en la misma detalla: costes estructurales (seguros, oficinas ... etc, prevención y absentismo por I.T.), financieros (pago medio a 90 días), sueldos y salarios (coordinación, personal e indemnización obra o servicio) y explotación del servicio (combustible, uniformidad, reconocimientos médicos, formación obligatoria de convenio, formación obligatoria de primeros auxilios, horas sindicales y puntuación BOJA). El resultado de la suma de los costes que expone es superior al precio base de licitación que es del 12,20 €/hora (IVA no incluido).

Frente a ello el órgano de contratación indica en su informe que el precio base de licitación se ha fijado teniendo en cuenta los contratos vigentes y la estructura salarial contemplada en el XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE nº 243 de 9 de octubre de 2012) en vigor en el momento de aprobarse el expediente de contratación y que el presupuesto de licitación se ha elaborado de acuerdo con el artículo 87.1 del TRLCSP, con el fin de asegurar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo.

Por otro lado, añade el órgano de contratación que la recurrente ha venido prestando el servicio objeto de la licitación para el curso escolar 2014/2015 y a satisfacción del órgano de contratación por un importe mínimo de 11,73 €/hora

(IVA no incluido) y por 11,75 €/hora en los lotes 3 y 6 del expediente 00130/ISE/2014/MA y por tanto, por una cantidad inferior al precio de licitación.

SEXTO. Una vez expuesto lo alegado por cada una de las partes, procede analizar la cuestión de fondo objeto del recurso, en cuanto a que el presupuesto de licitación es insuficiente y por consiguiente no se respeta el precio de mercado.

En primer lugar hay que analizar si lo dispuesto en el convenio colectivo vincula al órgano de contratación a la hora de fijar el precio del contrato y si en realidad no se respeta el precio de mercado y se produce un incumplimiento del TRLCSP al fijar el presupuesto de licitación.

En este sentido, tal y como se señalaba en las Resoluciones de este Tribunal 77/2014, de 7 de abril, 80/2014, de 8 de abril, 85/2014, de 15 de abril y 210/2014, de 5 de noviembre, recogiendo la doctrina reiterada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -en Resoluciones como la 185/12012 de 6 de septiembre y la 66/2012, de 14 de marzo, entre otras- sobre un asunto semejante en que se alegaba que el precio de licitación del contrato era inferior al coste del servicio, interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP al disponer que: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.*

El principio de control del gasto debe inspirar la interpretación del artículo 87 del TRLCSP. Por tanto, según el citado Tribunal Central, <<*no se impone a la Administración un “suelo” consistente en el precio general de mercado, por debajo del cual no pueda admitir ofertas, sino todo lo contrario, se persigue el precio más económico, fijado en concurrencia con el límite de los precios anormales o desproporcionados a la baja. De modo que lejos de encontrarnos con un “suelo” nos encontramos con un “techo” indicativo*>>.

A su vez, el artículo 88 del TRLCSP se refiere a la forma de calcular el valor estimado de los contratos y en su apartado 2 dispone que *“La estimación debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación, o en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”*.

En el apartado 5 se dispone que para los contratos de suministro y los de servicios que tengan carácter de periodicidad o que deban renovarse en periodo de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades” a) *El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial”*.

Sobre la adecuación de los precios al mercado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que este sea adecuado al mercado, y en su informe 19/1997, de 16 de diciembre, señala que la *“primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”*.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

En concreto, y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP), relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante, añade “(...) *se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo*”.

En consecuencia, se considera que, si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato.

Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, refiriéndose a un contrato de

servicios de seguridad, señala que la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y, en concreto, los efectos derivados del convenio colectivo de empresas de seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando al órgano de contratación a realizar un examen y comprobación de diversos elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, además de los del convenio respectivo, el pago de impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones u otros aspectos de la legislación laboral. Y concluye “*La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del artículo 86, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares*”, criterio éste aplicado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones (por todas, la Resolución 298/2011, de 7 de diciembre).

En el supuesto analizado, el órgano de contratación, según manifiesta en su informe, fijó el presupuesto de licitación del contrato teniendo en cuenta el precio por hora de los servicios objeto del contrato, de acuerdo con la estructura salarial contemplada en el Convenio Colectivo vigente en la fecha de inicio del expediente de contratación. Además, para fijar el presupuesto de licitación del contrato, ha tomado también en consideración el precio de los anteriores contratos vigentes.

Incluso la propia recurrente, pone de manifiesto en su recurso que la estimación global de los costes laborales supone el 90,49 % (centros educativos con concierto) y el 92,73% (centros educativos sin concierto) del presupuesto de

licitación, por lo que de alguna forma está reconociendo que el presupuesto de licitación (12,20 €/hora) no se situaría por debajo del coste derivado de la aplicación del convenio colectivo vigente, ya que el cálculo del coste del personal que la recurrente hace respecto a los centros educativos con concierto es de 11,04 €/hora y para los centros educativos sin concierto de 11,31 €/hora.

La recurrente lo que pretende es que se tengan en cuenta para fijar el presupuesto de licitación, otros costes derivados de la ejecución del contrato, es decir, cantidades no incluidas en el salario fijado en el convenio colectivo del sector como son los uniformes, absentismo, combustible, horas sindicales, publicación BOJA, gastos estructurales (oficinas, seguro, gastos indirectos...etc), que son cuestiones que el propio convenio colectivo no tiene en cuenta al fijar el salario base de los trabajadores, sin perjuicio de que se trate de derechos laborales que deberán respetarse por el adjudicatario del contrato pero que no vinculan a la Administración a la hora de fijar el presupuesto de licitación de los contratos.

Las consideraciones anteriores permiten a este Tribunal afirmar que el órgano de contratación ha tenido en cuenta el valor de los contratos precedentes interpretando lo previsto en el artículo 88 del TRLCSP, apartados 1 y 5, para el cálculo del valor estimado del contrato y con ello ajustar el precio del contrato a los precios habituales en el mercado.

En consecuencia, acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en el TRLCSP respecto a la determinación del precio de licitación, no procede admitir las alegaciones de la recurrente.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **CELEMIN Y FORMACION S.L.** contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del contrato de servicios denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la Provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación” (Expte 230/ISE/2015/MA) convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

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 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 26 de agosto de 2015.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.