

Recurso 502/2023
Resolución 562/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 10 de noviembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI)**, contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de mantenimiento de las instalaciones de frío, calor y vapor, aprovechamiento de la energía solar, mantenimiento de instalaciones térmicas de edificios y control de gestión eficiente de energías térmicas en los edificios pertenecientes al Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva» (Expte. CONTR 2022 0000982804), convocado por el Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de agosto de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos que, entre otra documentación, rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante los días 18 y 21 de agosto de 2023. El valor estimado del contrato asciende a 8.051.995,48 euros.

Posteriormente, en lo que aquí concierne, el día 7 de septiembre de 2023 fue publicado en dicho perfil de contratante el documento denominado “*Acuerdo condiciones laborales fuera de convenio 2021*”.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 8 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro del Servicio Andaluz de Salud, a través del formulario de presentación general de la Administración de la Junta de Andalucía, escrito de recurso especial en



materia de contratación, dirigido a este Tribunal, interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (en adelante AMI, la recurrente o la asociación recurrente), contra los pliegos.

Dicho día 8 de septiembre de 2023, la persona firmante del citado recurso remite correo electrónico a determinadas personas al parecer del Servicio Andaluz de Salud, en lo que aquí interesa, con el siguiente tenor:

«Adjunto procedo a remitirles también por este medio, la documentación que se ha presentado a través del Registro Electrónico de la Junta de Andalucía (se adjunta justificante de ello en acreditación).

Informales que dicha documentación, y como de mayor trascendencia el Recurso que se aneja, ha sido dirigido sólo a Uds. (SAS), siendo que si a su vista y estudio no considerasen la procedencia de las rectificaciones que se solicitan, deberán de prepararlo junto con el Expediente e Informes procedentes, y remitirlo para su conocimiento y resolución al Tribunal Administrativo competente a tal fin (TARCJA).

Mucho les agradecería que me confirmen la correcta recepción de este mail y documentos anejos al mismo.».

Con fecha 11 de septiembre de 2023 se recibe en este Tribunal correo electrónico remitido por personal al servicio del órgano de contratación en el que indica lo siguiente: *«Buenos días, damos traslado de recurso especial en materia de contratación, recibido en la CPCH mediante correo electrónico».*

La Secretaría del Tribunal contesta por el mismo medio indicando que *«Tras recibir Correo en el que nos remiten presentación de Recurso, le comunicamos que el Recurso debe ser presentado con Registro Telemático, bien dirigido al OC o al órgano competente para resolver en este caso el TARCJA.*

Por tanto, deben de comunicárselo a la persona o entidad que se ha comunicado con ustedes mediante Correo Electrónico».

Posteriormente, el 17 de octubre de 2023, la asociación recurrente presenta en el registro de este Tribunal el recurso que formuló el 8 de septiembre de 2023 ante el Servicio Andaluz de Salud, poniendo de manifiesto entre otras circunstancias *«Que con fecha 8 de septiembre, se procedió a presentar en el Registro del Órgano de Contratación (SERVICIO ANDALUZ DE SALUD -SAS-), RECURSO ESPECIAL sin que a la fecha se tenga constancia ni conocimiento de que el mismo haya sido tramitado y remitido a este TRIBUNAL».*

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal el día 18 de octubre de 2023 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado, tras ser reiterado el 23 de octubre de 2023, fue recibido en este Órgano el 24 de octubre de 2023.

Por Resolución MC. 124/2023, de 25 de octubre, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión solicitada por la asociación recurrente.

El día siguiente, el 26 de octubre de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

Por último, el día 9 de noviembre de 2023, se recibe del órgano de contratación informe formalizado dicho día 9 de noviembre, en el que entre otras consideraciones se rebaten los argumentos esgrimidos en el recurso.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación empresarial recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece 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 (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos, y ello por entender que en aquéllos se incumplen algunos aspectos relacionados con el presupuesto base de licitación y con el valor estimado del contrato.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de la asociación recurrente entre sus fines se encuentra la representación de sus entidades asociadas en aquellos organismos o comités, públicos o privados, nacionales o internacionales, cuya actuación esté relacionada directa o indirectamente con los sectores de *“Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos”*, así como representar a sus miembros y a la asociación ante los organismos administrativos o judiciales.



Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus entidades asociadas, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra los pliegos en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante los días 18 y 21 de agosto de 2023, según consta en el citado perfil, por lo que aun computando desde el primero de ellos, el recurso presentado el 8 de septiembre de 2023 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustentan. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, proceda a anular *«y dejar sin efecto las DISPOSICIONES denunciadas y los Documentos que las recoge (PLIEGOS), por la motivación expuesta, y consecuentemente, el propio procedimiento de contratación del cual forma parte. Ello con la finalidad de que el procedimiento de contratación se adecúe a las exigencias legales.»*. A tal fin, la recurrente esgrime los siguientes argumentos:

1.1.- Sobre los gastos generales de estructura.

Afirma la recurrente que los gastos generales son fijados porcentualmente por el órgano de contratación en el 2%; sin que ello quede mínimamente justificado con base en la naturaleza de la prestación contractual y en las características propias del contrato en cuestión.

Al respecto, cita y reproduce en parte o en su totalidad los artículos 101 de la LCSP y 131 del RGLCAP y el Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, relativo a los gastos generales de estructura y beneficio industrial en el contrato de servicios, así como a la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP a dichos contratos, tras lo cual afirma que dado que en la configuración por el órgano de contratación del valor estimado del contrato, se han considerado los gastos generales por ser conformes y adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, dicho órgano de contratación debe de aplicar de forma analógica para el presente contrato (de servicios) los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP (del 13 al 17%) sobre el presupuesto de ejecución material del contrato; siendo exiguo, injustificable, indefendible e insuficiente el dispuesto del 2%.



Concluye el recuso indicando que «Conforme a lo expuesto, y encontrándonos ante una manifiesta irregularidad, dada la vulneración del Artículo 131 del RGLCAP -reiteramos, siempre sea dicho con el debido de los respetos y en estrictos términos de defensa de los intereses de nuestra representada-, dado que el porcentaje fijado para los GASTOS GENERALES -GG- (2%) sería menor al procedente (a fijarse entre el 13 al 17%, salvo justificación de las circunstancias concurrentes del caso en concreto que llevan a determinar uno menor, y que en el presente asunto no se dan), ha de concluirse que el mismo está erróneamente configurado siendo procedente su corrección.».

1.2.- Sobre la falta de inclusión en el presupuesto base de licitación y en el valor estimado de los costes para los trabajos de auditoría y para el absentismo del personal a subrogar.

Respecto a los trabajos de auditoría, señala la recurrente que en el presente contrato se han incluido dentro de la cláusula 9.6 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) determinadas exigencias, relativas a la actuación auditora que, a su entender, son ajenas a lo que es el objeto del contrato y no están presupuestadas, es decir, se trataría de un concepto e importe que para el supuesto de tener que acometerlo, habría de preverse por la entidad licitadora en la valoración de su oferta, y que sin embargo no se encuentra incluido en el presupuesto justificativo facilitado por el órgano de contratación, por lo que se precisa saber en qué partida ha sido considerado (si es que lo ha sido, que entiende que no), y su importe.

Concluye el recurso señalando que «Conforme a lo expuesto, dicha obligación (Actuación Auditora) dispuesta en el PUNTO denunciado, podría vulnerar el Principio general de la contratación administrativa de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (Artículos 1 y 132 de la LCSP) y Artículos 99, 100 y 102 de la LCSP.».

En cuanto al absentismo del personal a subrogar, la recurrente reproduce el apartado 20, sobre la subrogación, del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), tras lo cual indica que ha de remitirse al anexo C del citado pliego “Listado de personal a subrogar”, en el cual una vez facilitada la información contractual laboral de cada una de las personas trabajadoras afectas a subrogación, se indica que el porcentaje de absentismo para este servicio es del 14,85%.

Asimismo, afirma que, si se remite al anexo A del citado cuadro resumen del PCAP, relativo a la memoria económica, se constata que para los costes laborales se han tenido en cuenta los siguientes conceptos: convenio colectivo aplicable al personal adscrito al servicio, incrementos pactados en convenio, plus de penosidad, sustitución de vacaciones y cobertura de “IT”, costes de nueva contratación, e incrementos salariales conforme al “IPC”. Sin embargo, a su juicio, se echa en falta en el cálculo de los costes laborales, la valoración de un concepto que precisamente queda referido en el listado del personal a subrogar, el absentismo, que para este servicio queda fijado nada menos que en el 14,85%.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Figura entre la documentación recibida un documento denominado informe de la central de provincial de compras de Huelva en relación con el recurso especial en materia de contratación que se examina, contenido en el fichero «Solicitud no acuerde Medida Cautelar REC.502-2023», remitido el 25 de octubre de 2023, y formalizado por la persona titular del servicio de gestión y servicios del Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva el 24 de octubre de 2023.

Dicho informe, se estructura en el apartado antecedentes, en donde se recogen en mayor o menor medida las actuaciones realizadas durante el procedimiento de licitación que se analiza, y en el apartado de alegaciones, en donde se esgrimen por un lado aquellas que formula el órgano de contratación para justificar su oposición a la adopción de la medida cautelar solicitada por la recurrente, en la que entre otras consideraciones se afirma que



el presupuesto base de licitación ha sido calculado conforme a lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, estando debidamente desglosado y habiéndose tenido en cuenta para su determinación los costes directos de personal, otros costes directos, costes indirectos, beneficio industrial y gastos generales.

Y por otro lado, se señala en el citado informe que respecto al artículo 131 del RGLCAP, éste es de aplicación a los contratos de obras, sin que pueda ser extrapolable a los contratos de servicios, como afirma la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en expediente 40/19, que indica que el mencionado artículo podría ser de aplicación a los contratos de servicios, en la medida en que el órgano de contratación lo considere adecuado a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, no habiéndose considerado adecuado en el expediente en cuestión.

Finalmente, el informe solicita que no se acuerde la medida cautelar de suspensión del expediente instada por la recurrente.

Asimismo, como se ha expuesto en los antecedentes, teniendo en cuenta que el día 18 de octubre de 2023 se le solicita al órgano de contratación, además del expediente de contratación, el informe sobre el fondo del recurso no es hasta el 9 de noviembre de 2023, cuando el mismo se recibe en este Tribunal, con claro incumplimiento del plazo previsto para su remisión en el artículo 56.2 de la LCSP.

Dicho informe, al igual que el formalizado el 24 de octubre de 2023, se estructura en el apartado antecedentes, en donde se reproducen los mismos hechos que en el anterior, y en el apartado de alegaciones, en donde se esgrimen determinados argumentos de oposición al fondo del recurso, siendo en síntesis los siguientes:

- Respecto del presupuesto base de licitación, el informe al recurso indica que el mismo se define como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario. Acto seguido señala que según la Resolución 945/2021, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dicho presupuesto base de la licitación deberá hacer frente a todos los costes del contrato, y el desglose de conceptos que deben ser tenidos en cuenta para su cálculo son: (i) los costes directos; (ii) los costes de carácter indirecto que se puedan derivar de la ejecución del contrato; (iii) otros gastos eventuales; y (iv) los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia (únicamente en aquellos contratos en los que dentro del precio del contrato se incluya el coste de los salarios de las personas empleadas que ejecutarán el mismo).

Por último, señala que tal y como se indica en el documento adjunto “Memoria económica” para la determinación del presupuesto base de licitación se han tenido en consideración los siguientes aspectos, pasando a reproducir determinado texto, que supuestamente se incluye en dicha memoria económica que manifiesta acompañar pero que no consta la misma. Dicha memoria económica sí figura en el expediente remitido como anexo A al cuadro resumen del PCAP, con el contenido que allí consta.

- En cuanto al valor estimado del contrato, el informe al recurso cita y reproduce en parte el artículo 101 de la LCSP y transcribe el apartado 8.4 del cuadro resumen del PCAP, relativo al método utilizado para calcular dicho valor estimado del contrato, tras lo cual afirma que el órgano de contratación cuenta con discrecionalidad técnica y presunción de acierto a la hora de fijar el precio del contrato, el presupuesto base de la licitación y su valor estimado, citando la Resolución 941/2021, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

- Sobre la aplicación del artículo 131, el órgano de contratación en síntesis viene a confirmar lo ya argumentado en su informe remitido el 25 de octubre de 2023.



- Respecto a los trabajos de auditoría afirma el informe al recurso, tras manifestar que el objeto del contrato se encuentra definido en el apartado 5.1 del cuadro resumen del PCAP, que se trata de una medida, entre otras previstas en la cláusula 9 del PPT, para analizar la calidad del servicio prestado, que podrá exigirse anualmente, determinándose en dicha cláusula el límite del importe que ha de soportar la persona contratista, que habrá de ser valorado por cada empresa en el planteamiento de su oferta.

- Sobre el absentismo, el informe al recurso cita y reproduce parte de la memoria económica contenida en el anexo A del cuadro resumen del PCAP, transcrito anteriormente respecto al presupuesto base de licitación, tras lo cual afirma que en la estimación de costes de sustitución vacacional y coberturas de incapacidades temporales de la plantilla está incluida la valoración del absentismo, no siendo un concepto “*futurible*” como indica el recurso, sino cierto.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Previa. Sobre circunstancias acaecidas en la presentación del recurso ante el registro del órgano de contratación.

Como cuestión preliminar al examen de las alegaciones expuestas por las partes en el anterior fundamento, es necesario analizar determinadas circunstancias acaecidas en la presentación del recurso ante el registro del órgano de contratación.

En este sentido, como se ha expuesto en el antecedente segundo de la presente resolución, el 8 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro del Servicio Andaluz de Salud, a través del formulario de presentación general de la Administración de la Junta de Andalucía, el escrito de recurso especial en materia de contratación que se analiza, por lo que conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 56.2 de la LCSP, el órgano de contratación debió haberlo remitido a este Tribunal dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe al citado recurso. Sin embargo, no fue eso lo que ocurrió, pues personal del órgano de contratación, como se ha reproducido anteriormente, remitió el 11 de septiembre de 2023 un correo electrónico poniendo de manifiesto que daba traslado de un recurso especial que habían recibido mediante correo electrónico, a lo que la Secretaría de este Tribunal le respondió que el escrito de recurso debe ser presentado en el registro del órgano de contratación o en el de este Tribunal, órgano competente para resolver, para que dicha circunstancia fuese puesta de manifiesto a la persona o entidad que se comunicó con el órgano de contratación mediante correo electrónico.

Así las cosas, no fue hasta el 17 de octubre de 2023, a través de la asociación ahora recurrente, cuando este Tribunal tuvo conocimiento de la presentación del recurso que se examina en el registro del órgano de contratación el 8 de septiembre de 2023.

Asimismo, este Órgano ha de manifestarse de la petición que el mismo día 8 de septiembre de 2023 realizó la persona firmante del recurso ante determinado personal del órgano de contratación a través de correo electrónico. En ella como se ha reproducido en los antecedentes de hecho, se insta al órgano de contratación a que solo en el supuesto de que no considerase la procedencia de las rectificaciones que se solicitan en el recurso, deberá remitirlo a este Tribunal para su resolución.

Al respecto, ha de señalarse que en el encabezamiento del escrito de recurso se afirma que el mismo se dirige a este Tribunal. Más concretamente en su fundamento de derecho jurídico formal segundo se indica expresamente que «*El presente RECURSO ESPECIAL se interpone ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (TARCJA), por ser el Órgano competente para resolver aquel, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la LCSP.*».



Sin embargo, a pesar de lo afirmado en el escrito de interposición, como se ha indicado en el antecedente segundo de esta resolución, el recurso se interpone en el registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, lo que en modo alguno puede considerarse que vulnere la asignación de competencias sobre la resolución de los recursos especiales en materia de contratación prevista en los artículos 45 a 47 de la LCSP, dado que expresamente el artículo 51.3 de la citada LCSP lo permite.

Pues bien, a pesar de lo analizado, como se ha expuesto, extramuros del procedimiento de recurso especial, la persona firmante del recurso ante determinado personal del órgano de contratación a través de correo electrónico de forma errática insta al órgano de contratación a que solo en el supuesto de que no considerase la procedencia de las rectificaciones que se solicitan en el recurso, deberá remitirlo a este Órgano para su resolución.

Al respecto, ha de aclararse que, tal y como ha quedado reflejado en el fundamento primero de la presente resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, el competente para la resolución del recurso que se examina es el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, sin que el órgano de contratación, pueda admitirlo o resolverlo como de forma indirecta pretende la recurrente.

Sobre ello, procede reseñar que no es la primera vez que se formulan en el ámbito de este Órgano recursos dirigidos al órgano de contratación y para el supuesto que su pretensión no sea considerada, remitirlas a este Tribunal. Entre otras, cabe destacar las Resoluciones 171/2019, de 23 de mayo, 257/2019, de 9 de agosto, 121/2021, de 8 de abril y 225/2023, de 28 de abril. En concreto, en la 121/2021, este Tribunal indicaba en su fundamento de derecho cuarto lo siguiente:

«En este sentido, es necesario poner de manifiesto que esta forma peculiar de presentación “ad cautelam” del recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, que utiliza comúnmente (...), así como otras asociaciones de empresas, ha generado en los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, no pocos incidentes y retrasos en su tramitación, dado el distinto tratamiento que determinados órganos de contratación han dado a dichos escritos, e incluso en varios casos ha originado la inadmisión del recurso por extemporaneidad.

En el supuesto examinado, eso es precisamente lo que alega el órgano de contratación en su informe al recurso, que el mismo es extemporáneo al haberse presentado ante este Tribunal el 2 de diciembre de 2020, dado que a su juicio la presentación de la solicitud del Ayuntamiento de (...) no tiene la consideración de recurso. Sin embargo, no es posible admitir dicho alegato del órgano de contratación, pues aun cuando la citada forma de presentación utilizada es jurídicamente poco ortodoxa por el principio del favor actis este Tribunal ha de considerar dicho escrito como un recurso especial en materia de contratación.»

Sobre lo expuesto, es necesario asimismo hacer referencia, entre otras, a las Resoluciones 364/2021, de 8 de octubre, 486/2022, de 30 de septiembre, 74/2023, 3 de febrero y 88/2023, 15 de febrero, de este Tribunal, en las que de forma similar a lo analizado anteriormente se vuelve a incidir sobre la competencia de los órganos de revisión de decisiones contractuales para la resolución de los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación, ex artículos 44 *in fine* de la LCSP.

Primera. Sobre los gastos generales de estructura.

Como se ha reproducido, la recurrente en esencia afirma que dado que en la configuración por el órgano de contratación del valor estimado del contrato, se han considerado los gastos generales por ser conformes y



adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, dicho órgano de contratación debe de aplicar de forma analógica para el presente contrato (de servicios) los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP (del 13 al 17%) sobre el presupuesto de ejecución material del contrato; siendo exiguo, injustificable, indefendible e insuficiente el dispuesto del 2%.

Pues bien, sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP a los contratos de servicios se ha pronunciado este Tribunal de forma profusa, entre otras, en sus Resoluciones 134/2021, de 8 de abril, 44 y 45/2022, de 21 de enero y 136/2022, de 18 de febrero. Así en la Resolución 44/2022, en su fundamento de derecho sexto, se indicaba en lo que aquí concierne que:

«(...) asimismo en cuanto a los gastos generales y el beneficio industrial es necesario traer a colación la última conclusión del informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, toda vez que en la misma, se indica que los porcentajes previstos en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si el órgano de contratación los considera adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato que se licita puede aplicarlos, pero en modo alguno exige su aplicación como pretende la recurrente. En el caso que se examina, el órgano de contratación ha establecido tanto para los gastos generales como para el beneficio industrial otros porcentajes, sin que dicha actuación sin más conculque el mencionado artículo, ni tenga que justificarse tal actuación por parte del órgano de contratación.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en su Resolución 134/2021, de 8 de abril, en la que se indicaba que «En efecto, el artículo 131 del RGLCAP citado por la recurrente, al regular el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación en el contrato de obras, prevé un porcentaje del 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista. Pero nada dice el Reglamento para el resto de contratos y en concreto para el de servicios, como es el caso.». Asimismo, esa es la doctrina de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual, por todos, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 592/2019, de 30 de mayo.».

Del mismo modo, en la citada Resolución 136/2022, de 18 de febrero, en el apartado 2.A de su fundamento sexto, este Tribunal indicaba lo siguiente:

«(...) Interesa la entidad recurrente la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, el cual debe considerarse vigente en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en la LCSP. Este precepto indica los porcentajes a aplicar a los gastos generales y al beneficio industrial y que incrementan el presupuesto de ejecución material respecto de los contratos de obra:

(...).

En este artículo 131, referido solo a los contratos de obras, se establece una horquilla de porcentajes para los gastos generales y un porcentaje concreto para el beneficio industrial. La cuestión si bien puede entenderse resuelta para el contrato de obras, en la Ley no se hace mención respecto al resto de tipos de contratos (tampoco se ha hecho anteriormente). Es decir, no existe previsión normativa de cómo efectuar el cálculo de estos gastos generales y del beneficio industrial en los contratos que no son de obras.

(...).

Así, los referidos porcentajes, del 13 al 17% de gastos generales, y el 6% de beneficio industrial, son los únicos cuantificados como derecho positivo en la normativa contractual, lo que ha motivado, inevitablemente, pronunciamientos doctrinales en cuanto a su posible aplicación al resto de contratos.

Sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, a otros tipos de contratos ha sido abordado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en informes:



a) El informe 50/08, de 2 de diciembre de 2008 sobre «Determinación de cuáles son los conceptos particulares que deben considerarse incluidos en los genéricos “gastos generales” y “beneficio industrial”, reconoce que, al no existir normas relativas al precio en los contratos de gestión de servicio público, la forma más adecuada para determinar los conceptos que deben considerarse incluidos en los gastos generales serán los que se establezcan expresamente en la propia documentación contractual y, en defecto de ella, deberá estarse a la aplicación analógica de los preceptos del Reglamento General que, aun no regulando de forma directa el contrato de gestión de servicios públicos, puedan serle aplicables por razón de su naturaleza. No obstante, se hace sólo referencia a los conceptos que comprenden los gastos generales, pero no respecto a la utilización de los porcentajes que se determinan.

b) El Informe 38/2010, de 24 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, ya razonaba, en el sentido expuesto, concluyendo que «nada puede impedir, excepto el posible riesgo en la ejecución, que la empresa licitadora para obtener la adjudicación prefiera reducir los ingresos a percibir».

c) En el informe 40/19 sobre “Gastos generales de estructura y beneficio industrial en el contrato de servicios. Aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP a dichos contratos”, se concluye que los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP, tanto los previstos para los gastos generales (del 13% al 17%) como el relativo al beneficio industrial (6%), se puedan aplicar a los contratos de servicios, en la medida en que el órgano de contratación los considere adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, si bien deja claro el carácter potestativo. (...).

En definitiva, los porcentajes previstos en el artículo 131 del RGLCAP, si el órgano de contratación los considera adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato que se licita puede aplicarlos, pero en modo alguno dicho artículo exige su aplicación para los contratos de servicio como pretende la asociación recurrente. En el caso que se examina, el órgano de contratación ha establecido para los gastos generales otro porcentaje, sin que dicha actuación sin más conculque el mencionado artículo, ni tenga que justificarse tal actuación de no aplicar dichos porcentajes por parte del órgano de contratación.

Por último, ha de ponerse de manifiesto que la recurrente aun cuando se apoya en los artículos 101.2 de la LCSP y en el 131 del RGLCAP, hace referencia al concepto de “gastos generales”, pero no al de gastos generales de estructura que es a los que se refieren dichos artículos.

Al respecto, entre otras, en su Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, en la consideración tercera de su fundamento de derecho sexto, este Tribunal ha indicado que: «(...) Asimismo, a los costes directos e indirectos han de añadirse los gastos generales de estructura, que serían los originados por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad y limpieza, entre otros. El Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado los define como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado. Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa. Por último, el beneficio industrial es la parte del precio que se corresponde con el beneficio de la persona empresaria o contratista, siendo su importe el que la empresa estime pertinente. (...).

En este sentido, se afirma en el recurso que el porcentaje del 2% de gastos generales de estructura es exiguo, injustificable, indefendible e insuficiente. Dicha afirmación está exenta de acreditación alguna por parte de la



recurrente, dado que no esgrime ningún argumento por el cual dicho porcentaje del 2% es insuficiente, salvo el que manifiesta por referencia al porcentaje establecido en el citado artículo 131 del RGLCAP, que como se ha analizado dicho artículo no exige su aplicación a los contratos de servicios como pretende la asociación recurrente, pudiendo establecer el órgano de contratación otro porcentaje para los gastos generales, sin que dicha actuación sin más conculque el mencionado artículo, ni tenga que justificarse tal actuación de no aplicar dichos porcentajes por parte del órgano de contratación.

Al respecto, la citada falta de acreditación del recurso de los motivos por los cuales entiende que el porcentaje del 2% de gastos generales de estructura es exiguo, injustificable, indefendible e insuficiente, supone que el escrito de interposición en la presente alegación adolezca de falta de fundamentación fáctica y jurídica, no pudiendo este Tribunal adivinar los argumentos de la asociación recurrente (v.g., entre otras muchas, Resolución 451/2022, de 22 de septiembre).

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo de recurso que se analiza.

Segunda.- Sobre la falta de inclusión en el presupuesto base de licitación y en el valor estimado de los costes para los trabajos de auditoría y para el absentismo del personal a subrogar.

Respecto a los trabajos de auditoría, señala la recurrente que en el presente contrato se han incluido dentro de la cláusula 9.6 del PPT determinadas exigencias, relativas a la actuación auditora que, a su entender, son ajenas a lo que es el objeto del contrato y no están presupuestadas, es decir, se trataría de un concepto e importe que para el supuesto de tener que acometerlo, habría de preverse por la entidad licitadora en la valoración de su oferta, y que sin embargo no se encuentra incluido en el presupuesto justificativo facilitado por el órgano de contratación, por lo que se precisa saber en qué partida ha sido considerado (si es que lo ha sido, que entiende que no), y su importe.

Al respecto, en lo que aquí concierne, la cláusula 9 del PPT “Control de calidad e inspección del servicio de mantenimiento”, engloba la totalidad de las funciones y características del servicio dirigidas a conseguir que las prestaciones y condiciones de funcionamiento de los edificios, mobiliario, equipos e instalaciones satisfagan las necesidades funcionales y operativas de cada una de las áreas y los centros que las componen incluidos en el presente contrato. Para ello, la citada cláusula desarrolla lo que denomina aspectos generales de la calidad del servicio, aspectos particulares, parámetros de verificación, niveles de calidad, control e inspección del servicio y por último lo que denomina “actuación auditora”, cuyo tenor es el siguiente:

«El SAS podrá exigir anualmente al adjudicatario, y a su costa, una Auditoría externa sobre el Servicio que tendrá como alcance:

- a) Cumplimiento operativo del Servicio.*
- b) Cumplimiento parámetros de calidad.*
- c) Cumplimiento y comportamiento medio ambiental.*
- d) Cumplimiento normativa sobre prevención de riesgos laborales.*

El importe de dicha auditoría, una vez exigida por el SAS, no podrá exceder del 1% del presupuesto de adjudicación, límite que se fija en garantía del contratista, salvo que éste decida asumir un coste mayor.».

Pues bien, como se he expuesto, en primer lugar, indica la recurrente que dichas actuaciones auditoras son ajenas a lo que es el objeto del contrato. En este sentido, señala el recurso que no queda claro a quién corresponderá la selección y designación de la entidad auditora, si al órgano de contratación o a la empresa



contratista. Al respecto, afirma la recurrente que la obligación de contratación y pago por sus servicios de una empresa de consultoría que realice un trabajo para el órgano de contratación, y que directamente reporte a éste, no al contratista, no parece que cumpla con los postulados de la libertad de pactos ex artículo 34 de la LCSP; más cuando dicha actuación auditora debería de ser adjudicada a través de un procedimiento de licitación ajeno al que nos ocupa, y destinarse por el órgano de contratación una cuantía independiente a tal fin.

Así las cosas, lo primero que ha de señalarse es la ambigüedad de la exigencia de la actuación auditora. En efecto, nada dice la cláusula 9.6 del PPT sobre la selección y designación de la entidad auditora, ni quien ha de realizarlo ni el procedimiento a seguir, entre otras consideraciones. De serlo la empresa contratista, estaríamos en presencia de una subcontratación obligatoria en un contrato de servicios de las previstas en el artículo 210.7 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, figura que desaparece en la actual LCSP. De serlo el órgano de contratación, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, sería éste quien tendría que sufragar los costes, no siendo posible que la persona contratista que no ha intervenido en la selección y designación de la empresa auditora soporte el gasto por la ejecución de los trabajos de determinadas actuaciones auditoras.

Lo segundo, que ha de ponerse de manifiesto es que en todo caso no consta que el 1% del importe de adjudicación del contrato, esté prevista su estimación en el presupuesto base de licitación. En efecto, los costes incluidos expresamente en la cláusula 9.6 del PPT -hasta el 1% del importe de adjudicación del contrato-, al formar parte de manera clara y manifiesta de las exigencias de la prestación, esto es del objeto del contrato, deben ser retribuidos y, por tanto, su estimación incluida dentro del presupuesto base de licitación, sin que en los pliegos ni en la documentación del expediente se acredite que los mismos figuran incorporados y en qué cuantía, no pudiendo tampoco formar parte del riesgo y ventura de la persona contratista, como pretende el informe del órgano de contratación al recurso.

En este sentido, ha de ponerse de manifiesto la indicación contenida en el informe del órgano de contratación al recurso, quien por un lado afirma que el presupuesto base de la licitación deberá hacer frente a todos los costes del contrato y, sin embargo, respecto a los trabajos de auditoria pretende que dicho gasto lo sufrague la persona contratista a su costa.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la presente alegación del recurso, relativa a la ejecución de los trabajos de determinadas actuaciones auditoras, previstas en la cláusula 9.6 del PPT.

En cuanto al absentismo del personal a subrogar, afirma la recurrente que a pesar de que en el anexo C “*Listado de personal a subrogar*” del PCAP se indica que el porcentaje de absentismo para este servicio es del 14,85%, se echa en falta en el cálculo de los costes laborales, la valoración del absentismo que para este servicio queda fijado nada menos que en el 14,85%.

Pues bien, el absentismo, en este caso laboral, es un concepto amplio que engloba en términos generales todos los tiempos que una persona empleada está ausente de su puesto de trabajo, bien sea por causas justificadas, previstas o involuntarias, caso de permisos retribuidos, vacaciones o enfermedades, entre otras, o bien causas injustificadas, imprevistas o voluntarias, como son retrasos o simulación de enfermedades, entre otras, de tal suerte que el absentismo englobaría, no solo el coste propio de la persona empleada que no acude por el motivo que sea a su puesto de trabajo, sino los costes derivados de las sustituciones y los permisos retribuidos (v.g. Resolución 224/2020, de 2 de julio, de este Tribunal).

En este sentido, el absentismo de las personas trabajadoras es un dato a valorar dentro de la determinación de los gastos o costes necesarios para realizar la prestación que se licita, que sin embargo no deja de ser un hecho



incierto, que salvo en los supuestos de ausencia prevista legalmente no puede asegurarse, en todo caso, preverse desde la experiencia y la estadística, que depende en gran medida de las personas que vayan a ejecutar la prestación, así como de la organización empresarial de cada entidad (v.g. Resolución 400/2019, de 28 noviembre, de este Tribunal).

En el supuesto examinado, en lo que aquí concierne, en la memoria económica y en su anexo, contenidas en el anexo A del cuadro resumen del PCAP, se recoge dentro del presupuesto base de licitación una partida para sustituciones e incapacidades transitorias, sin que consten otras referencias al absentismo de forma parcial o total, ni que el mismo quede subsumido dentro de otros costes de la prestación, sin que pueda entenderse suficiente lo alegado por el órgano de contratación en su informe al recurso cuando afirma que en la estimación de costes de sustitución vacacional y coberturas de incapacidades temporales de la plantilla está incluida la valoración del absentismo, dado que como se ha expuesto ello es solo parte del absentismo, ni tampoco pueda admitirse la indicación de que en la determinación del presupuesto base de licitación ha tenido en cuenta los costes directos de personal, otros costes directos, costes indirectos, beneficio industrial y gastos generales, argumentos que además no han podido ser conocidos por la asociación ahora recurrente al no haberse recogido en el PCAP.

Al respecto, si bien es cierto que salvo en lo relativo a sustituciones e incapacidades transitorias no consta una partida relativa al absentismo, la misma como pretende la recurrente no tiene porqué coincidir con la recogida en el listado de personas a subrogar, ex artículo 130 de la LCSP, que además de no constituir un dato legalmente exigible dentro de la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo (v.g., entre otras, Resolución 729/2018, de 27 julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), ha sido determinada por la empresa que viene efectuando la prestación objeto del contrato que se licita, y no por el órgano de contratación que es el que ha de elaborar el presupuesto base de licitación y estimar para cada licitación el nivel de absentismo y su valoración.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la presente alegación del recurso, relativa al absentismo laboral.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI)**, contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de mantenimiento de las instalaciones de frío, calor y vapor, aprovechamiento de la energía solar, mantenimiento de instalaciones térmicas de edificios y control de gestión eficiente de energías térmicas en los edificios pertenecientes al Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva» (Expte. CONTR 2022 0000982804), convocado por el Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud y, en consecuencia,



anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución MC. 124/2023, de 25 de octubre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas 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.

