

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.A.A.B., en nombre y representación de la mercantil Arasti Barca MA. y M.A., Sociedad Civil, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas del contrato “Servicios técnicos de apoyo para centros municipales de mayores y actividades dependientes de la Concejalía de Bienestar Social, Sanidad e Igualdad”, del Ayuntamiento de Móstoles, Expte: C/048/CON/2016/0001, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 27 de julio de 2016 se publica en el Boletín Oficial del Estado y en el perfil de contratante el anuncio de licitación para los Servicios Técnicos de Apoyo para Centros Municipales de Mayores y Actividades dependientes de la Concejalía de Bienestar Social, Sanidad e Igualdad. El plazo de ejecución es de dos años y el valor estimado asciende a 687.500 euros.

**Segundo.-** El 10 de agosto se presentó ante el Ayuntamiento de Móstoles anuncio previo a la interposición del recurso donde consta el motivo del mismo. El mismo día también se presentó en el Registro del Ayuntamiento de Móstoles dirigido “al Ayuntamiento para el Tribunal”. Dicho recurso no fue remitido al órgano de contratación sino al Tribunal, donde tuvo entrada el 23 de agosto, solicitando la anulación del procedimiento de licitación.

El 26 de agosto el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

**Tercero.-** Con fecha 8 de septiembre, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Cuarto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*

(Artículo 42 del TRLCSP) al ser una potencial licitadora que podría obtener el beneficio de presentar oferta en mejores condiciones.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El anuncio de licitación fue publicado en el BOE de 27 de julio y puestos los pliegos a disposición de los licitadores el mismo día en el perfil de contratante. El recurso interpuesto el 10 de agosto en el registro del órgano de contratación está dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, aunque en lugar de al mismo fuera remitido a este Tribunal donde tuvo entrada el 23 de agosto.

**Cuarto.-** El valor estimado del contrato se cifra en 687.500,06 euros. Dicho importe no supera el umbral de aplicación a las contrataciones de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, cuyo artículo 4.d) que dice textualmente:

*“d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV”.*

En el mencionado Anexo XIV figuran los servicios sociales y de salud y servicios conexos, entre ellos los del código CPV 85311100-3 a que se refiere este pliego objeto del recurso, pero estos no alcanzan el umbral mínimo para tener la consideración de sujetos a la Directiva.

En consecuencia, el contrato no queda incluido dentro de los sujetos a regulación armonizada y no es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP. Procede, por ello comprobar si lo sería en virtud del apartado 1.b) del mismo artículo.

Tal como se indica en el documento sobre la aplicación de la Directivas europeas de contratación pública elaborado por los tribunales administrativos de contratación pública, la nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Así los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23/UE, modifican el ámbito de aplicación de las Directivas de recursos para incluir las concesiones de obras y servicios y también para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. España no ha procedido a la adaptación de la legislación nacional en materia de contratos públicos dentro del plazo de transposición que venció el 18 de abril. Hay que resaltar que el objeto del recurso debe garantizar que al menos coincide plenamente con las materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Es decir, las Directivas de recursos obligan a los Estados miembros de la Unión solo a garantizar la vía de recurso en aquellos contratos que superen determinados umbrales. Como hemos indicado, el contrato al que se refieren los pliegos objeto del recurso no alcanza los umbrales necesarios.

No obstante, a efectos de determinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso planteado debe tenerse en cuenta el estado actual de la legislación del recurso especial en materia de contratación. Así cabe considerar que el apartado 1.b) del citado artículo 40 del TRLCSP establece que, además de los contratos sujetos a regulación armonizada, serán objeto de recurso los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

La intención del legislador nacional ha sido hacer coincidir el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación con, al menos, el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación. Por eso el vigente artículo 40 admite como contratos susceptibles del recurso especial los sujetos a regulación armonizada y además lo amplía voluntariamente, como opción de la legislación nacional, a los de servicios de las categorías 17 a 27 que superen el umbral de 209.000 euros y a los contratos de gestión de servicios públicos en las condiciones del apartado c) del citado artículo 40.

El efecto directo de las Directivas de contratación pública admitido por la jurisprudencia de la Unión Europea es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares para hacer valer sus intereses frente a los poderes adjudicadores. Se excluye la posibilidad del efecto directo “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, el efecto directo “vertical descendente”, es decir, que los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de *“evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”* (STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, Portgás).

De lo expuesto puede concluirse que respecto de los contratos de servicios clasificados en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP los Estados miembros solo tienen la obligación de garantizar la existencia de un recurso rápido y efectivo, como es el recurso especial en materia de contratación, cuando superen el umbral de 750.000 euros. Sin embargo, el legislador nacional, que no ha procedido a la transposición de la Directiva, ha admitido la posibilidad de que sean susceptibles de recurso a partir del umbral de 209.000 euros, ampliando la posibilidad de recurso establecida en la Directiva. Se trata de una opción beneficiosa para la recurrente y

en cuanto no se opone a la normativa comunitaria, no es posible aplicar efecto directo alguno de las directivas, procediendo en consecuencia aplicar lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP y admitir la posibilidad de recurso especial.

**Quinto.-** La recurrente expone que Arasti Barca MA. y M.A., Sociedad Civil fue adjudicataria en 2014 del concurso para la gestión de los Servicios Técnicos de apoyo para Centros de Mayores y Actividades dependientes de la Concejalía, gestionando estos servicios en la actualidad.

El convenio colectivo de aplicación es el del Sector de Residencias y Centros de Día para personas mayores de la Comunidad de Madrid. Este Convenio obliga a la subrogación del personal. En el mes de noviembre de 2015 la Concejalía de Bienestar Social, solicitó a dicha empresa la lista del personal a subrogar, a fin de preparar la nueva licitación. El pliego de condiciones técnicas publicado con fecha 27 de Julio, incorpora en su Anexo I la lista de subrogación del personal.

Sin embargo, según afirma la recurrente, la lista publicada que data del año 2014, difiere de la entregada por la empresa en noviembre de 2015, figurando en ella trabajadores que ya no prestan sus servicios en esta empresa, y omitiendo a otros trabajadores que sustituyen a los que ya no prestan sus servicios, constando asimismo datos relativos a categorías laborales y salariales que son inexactos. Por otro lado, afirma también que cuantificando los costes del personal que como mínimo exige el Pliego de Condiciones, éstos exceden del precio base de licitación, siendo inviable la ejecución del mismo, puesto que no se cubren ni los costes del personal destinado a la ejecución del mismo, ni mucho menos los costes de materiales, y excursiones que se imponen, así como tampoco los generales de la explotación.

Consta en el expediente una nota, fechada el 8 de agosto, del Director de Servicios Sociales informando de la existencia de un error en el listado adjunto al Pliego de Condiciones Técnicas pues contenía unas categorías profesionales e

importes económicos que no eran correctos, adjuntando el listado que tendría que haber formado parte del pliego.

A la vista de los datos ofrecidos, el técnico firmante del informe remitido por el órgano de contratación junto al expediente estima que se debe proceder anulando la licitación y comenzando un nuevo expediente en donde el precio se encuentre más ajustado a las necesidades propias del servicio.

El artículo 120 de TRLCSP “información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo” dispone que: *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación a requerimiento de éste”.*

El Pliego prevé la subrogación, y esta viene establecida en el convenio colectivo del sector, el alcance de la obligación del artículo 120 del TRLCSP es facilitar la información sobre las condiciones de los trabajadores a los que pueda afectar la subrogación que no tiene necesariamente que corresponder con el personal que el órgano de contratación precisa para la prestación del servicio que se licita. Los licitadores a la vista de las prestaciones contenidas en los pliegos y los costes de personal pueden presentar una oferta fundada con conocimiento de los gastos inherentes a las obligaciones que asumen.

Es evidente que si la información publicada no es fidedigna, o no es la que rige en la actualidad, omitiendo trabajadores o las circunstancias y derechos de los mismos, se está incumpliendo el artículo 120 del TRLCSP.

Por otra parte el artículo 87 del TRLCSP obliga a los órganos de contratación a cuidar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación. Al no tener en cuenta para su valoración los costes del personal necesario para la ejecución del contrato exigido en el PPT el presupuesto no se ajusta al precio de mercado ni su cuantificación es correcta.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación del procedimiento de licitación, que deberá iniciarse de nuevo, de mantenerse las necesidades a satisfacer.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.A.A.B., en nombre y representación de la mercantil Arasti Barca MA. y M.A., Sociedad Civil, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas del contrato “Servicios técnicos de apoyo para centros municipales de mayores y actividades dependientes de la Concejalía de Bienestar Social, Sanidad e Igualdad”, del Ayuntamiento de Móstoles, Expte: C/048/CON/2016/0001, anulando el

procedimiento de licitación.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.