

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

En Madrid, a 4 de julio de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Especialidades Médicas Libreros, S.L.U., contra los Pliegos de Condiciones Técnicas y Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares del contrato de servicios “Programa de Atención y Prevención de la Violencia de Género y Promoción de la Igualdad” licitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, con número de expediente 6654, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, respectivamente, el día 15 de abril de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.502.643,05 euros y su plazo de

duración será de dos años.

Segundo. - El plazo de presentación de ofertas finalizó el 13 de junio de 2024, habiendo presentado oferta cuatro licitadores, entre ellos, la mercantil recurrente.

Estando prevista la apertura del archivo electrónico 2, comprensivo de las ofertas económicas para el 25 de junio de 2024, consta publicado en PLACSP el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en fecha 14 de junio de 2024, de suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública.

Tercero. - El 5 de junio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Especialidades Médicas Libreros, S.L.U., en el que solicita la anulación de los pliegos de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) y de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCSP).

El 10 de junio de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - Solicitada medida cautelar de suspensión del procedimiento, no ha lugar a la adopción de la misma al haber sido acordada de oficio por el órgano de contratación hasta la resolución del recurso, entrando directamente este Tribunal a conocer del fondo del asunto.

Quinto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el

recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 jurídica participante en la licitación, que ha interpuesto recurso con carácter previo a la presentación de su oferta, pues mientras que el recurso se presentó el día 5 de junio de 2024, la oferta fue presentada a la licitación el 11 del mismo mes, según consta en el certificado de ofertas descargado de la Plataforma por el órgano de contratación.

Señala en su informe dicho órgano que la recurrente no se encuentra legitimada, pues su actividad como sociedad unipersonal dedicada a la psicología infantil representa solo uno de los numerosos servicios del equipo multidisciplinar, concretamente uno de al menos cuatro profesionales que deben adscribirse de forma obligatoria al Lote 1 (psicólogo/a adultas, psicólogo/a infantil, trabajador/a social y conserje), por lo que tratándose de un profesional de una parte la prestación principal, dicha circunstancia sólo le permitiría participar en la licitación siempre que concurriera a la licitación a través de alguna fórmula asociativa (véase UTE), pero no de forma separada como sociedad unipersonal.

A la vista de la citada alegación, la Secretaría de este Tribunal cursó requerimiento a la recurrente para la aportación de documentación que acreditara su objeto social completo.

La recurrente ha aportado en fecha 25 de junio de 2024 escritura notarial de elevación a público de acuerdos sociales de ampliación de objeto social 21 de junio de 2006. En dicho acuerdo se amplía el objeto social a las siguientes actividades, entre otras: “prestación de servicios de carácter social, esto es, relativos a la infancia, juventud, tercera edad, discapacitados, colectivos marginados, desfavorecidos, e inmigrantes. Prestación de servicios de consultoría sanitaria.”

Siendo el objeto social del contrato el correspondiente a los códigos CPV servicios de asistencia social sin alojamiento y servicios conexos, seminarios de formación, servicios de formación para el perfeccionamiento personal, servicios de orientación y asesoramiento, y servicios de asesoramiento sobre igualdad de oportunidades, este Tribunal considera que la recurrente tiene objeto social para participar en la licitación.

En consecuencia, se encuentra legitimada al ostentar intereses legítimos individuales que se han podido ver perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues ambos pliegos fueron publicados el 16 de mayo de 2024, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 5 de junio de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra los pliegos, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, se impugnan diversas cláusulas de los pliegos, por distintos motivos que se analizan a continuación:

1.- Impugnación de la Cláusula 1ª del PCAP y Cláusula 1 del PPT por vulneración del artículo 99 LCSP.

Sostiene la recurrente que la descripción que en este caso se realiza de los lotes en los que se divide el contrato no podría ser más difusa, vulnerándose la necesaria determinación del objeto del contrato prevista por dicho precepto.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el objeto del contrato está definido con todo nivel de detalle en la cláusula 1 del PCAP, en la que se precisan los lotes, los códigos CPV de los diferentes servicios adscritos a los mismos y la regulación de a que lotes se puede ofertar y adjudicar; y en la cláusula 3 del PPT denominada precisamente “descripción y características del servicio”, en la que se detalla de forma pormenorizada y extensa las características del servicio de cada uno los tres lotes, y alcanza con un alto nivel de precisión de las características técnicas, funcionales, del desarrollo de servicio, de funcionamiento, de sus recursos humanos y de la propuesta y su contenido.

Y añade que la memoria justificativa publicada también en el perfil del contratante incorpora desde ese momento del procedimiento dicha descripción.

Analizada la documentación del expediente, no puede este Tribunal sino compartir las alegaciones del órgano de contratación, pues la cláusula primera del PCAP determina el objeto del contrato y los lotes en que se divide y el apartado 3 del PPT contiene el detalle de la descripción del servicio de cada lote, las actividades a realizar, las características técnicas y desarrollo del servicio, horarios, la composición mínima del equipo multidisciplinar y sus funciones. Todo ello en función de la diferente regulación de cada pliego prevista por los artículos 122 y 124 de la LCSP.

Se cumple por tanto con la determinación del artículo 99 LCSP desestimándose el primer motivo de impugnación.

2.- Impugnación de la Cláusula 4ª del PCAP por vulneración de los artículos 100.1, 100.2, 101.2, 102.3, 121 y 122 LCSP, pues sostiene la recurrente que el presupuesto base de licitación no se recoge con el nivel desglose que exige la LCSP, no constando diferenciados los costes directos, indirectos, otros eventuales gastos, ni los costes salariales estimados a partir del convenio colectivo.

Entiende la recurrente que el presupuesto base de licitación es una cuestión objeto del PCAP, conforme a lo dispuesto en el artículo 122.2 LCSP, por lo que considera nula esta cláusula.

Informa al respecto el órgano de contratación que, tratándose de un contrato de servicios, los costes principales son los costes salariales, y por ello se ha calculado el presupuesto teniendo en cuenta los acuerdos obtenidos en la negociación colectiva plasmadas en el Convenio Colectivo de referencia (el Convenio Colectivo de acción e intervención social 2022-2024)

Y añade que la prueba de ello es acudir al Informe económico elaborado por el Servicio de Análisis Económico de 9 de abril de 2024 del Ayuntamiento incorporado al expediente de contratación.

Del análisis de la cláusula impugnada por este Tribunal se desprende que la misma determina el valor estimado de cada lote, así como el precio tipo máximo anual para cada uno de los lotes.

Siendo un contrato de servicios que el propio órgano de contratación califica como contrato en el que los costes principales son los salariales, el PCAP no ha efectuado el necesario desglose de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Tampoco indica el presupuesto base de licitación de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

El Informe económico a que hace referencia el órgano de contratación no consta publicado en el Perfil.

Sí consta publicada, para acceso de los licitadores, la Memoria justificativa del contrato. Si bien en ella tampoco consta el desglose del presupuesto, más allá del presupuesto anual estimado para cada lote.

En consecuencia, con lo anterior, se estima el segundo motivo de impugnación.

3.- Impugnación de la Cláusula 16 del PCAP pues entiende la recurrente que el régimen de pagos vulnera el artículo 4 de la Directiva 2011/7/UE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Sostiene la recurrente que la redacción dada por el órgano de contratación a los Pliegos no es afortunada al prestarse a interpretaciones que permiten a la Administración los pagos mensuales en periodos superiores a los establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (“Directiva 2011/7/UE”).

Y que, con independencia de lo recogido en los artículos 198.4 y 210.4 de la LCSP, debe establecerse un periodo único de 30 días para la comprobación de los trabajos del contratista y pago de sus facturas, apelando a la STS, Sala 3ª C-A, de 15 de noviembre de 2021, que reconoce el deber a los órganos jurisdiccionales nacionales de no aplicar cualquier norma jurídica de su ordenamiento interno que contravenga lo dispuesto por el Derecho de la Unión Europea.

Esta pretensión de la recurrente es informada por el órgano de contratación en el sentido de entenderla errónea, pues la Directiva 2011/7/UE ha sido objeto de transposición en la LCSP, entendiéndose conforme a la LCSP la cláusula impugnada.

Examinada la referida cláusula por este Tribunal, la misma se ajusta a los plazos previstos para el pago por la LCSP: el abono del precio dentro de los 30 días naturales siguientes a la recepción de la prestación.

La propia Exposición de Motivos de la LCSP recoge la previsión de un “*régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*”.

Se desestima, por tanto, el tercer motivo de impugnación.

4.- Impugnación de la Cláusula 17 del PCAP por vulneración de lo dispuesto en el artículo 264 LCSP, que permite a la Administración imponer penalidades de forma arbitraria, pues podrá determinar su magnitud (leve, grave o muy grave) sin verse limitada por criterios objetivos.

Señala además la recurrente que el órgano de contratación había previsto incorporar al PCAP una relación de infracciones/faltas leves, graves y muy graves, que ha sido finalmente omitida por error en la publicación del PCAP, aportando pantallazo de dicha cláusula con apuntes manuscritos.

Con relación a esta impugnación, señala el órgano de contratación en su informe que el artículo 264 invocado por la recurrente es un artículo específico relativo al contrato de concesión de obras.

Manifiesta que la cláusula 17 de los pliegos, hace una remisión al régimen de penalidades según lo previsto en la LCSP, señalando literalmente “La aplicación de las penalidades por incumplimientos se regirá por lo dispuesto en la ley 9/2017 de 8

de noviembre de Contrato del Sector público en su artículo 192 y siguientes”. Por tanto, el régimen del incumplimiento por el que se opta no ha precisado un catálogo específico de infracciones en lo que respecta a penalidades sino el régimen general de la LCSP, cuestión distinta es el régimen de las obligaciones esenciales, su incumplimiento y las causas de resolución específicas.

Para resolver esta controversia, debe acudirse a lo establecido por el artículo 192, que determina que los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

Y que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

La cláusula 17 del PCAP establece la aplicación de penalidades por incumplimientos sin incorporar una relación de las mismas y sin su calificación como leves/graves o muy graves, remitiéndose a la LCSP, por lo que no se cumple lo establecido en su artículo 192, estimándose este motivo de impugnación.

5.- Impugnación de la cláusula 23 del PCAP por vulneración del artículo 130 LCSP, por entender la recurrente que el artículo 13 del Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024, que resulta de aplicación al contrato impone la obligación de subrogar a los trabajadores.

Sostiene que, como anterior contratista, conoce la existencia de una empleada que ha prestado servicios los últimos seis meses anteriores a la finalización del contrato, habiendo transgredido el órgano de contratación la obligación de solicitar a la recurrente la información necesaria para establecer en los pliegos la obligación de subrogación.

El órgano de contratación en sus alegaciones apunta que la licitación impugnada es un servicio nuevo que responde a los compromisos adquiridos entre el Ayuntamiento, con la Comunidad de Madrid y el Ministerio de Igualdad, a través de un convenio de colaboración suscrito el 8 de septiembre de 2023. En dicho Convenio se establece que “Para cumplir los compromisos establecidos en el nuevo Convenio para el 2024, se necesita disponer de un/a psicólogo/a de adultas, un/a psicólogo/a infantil y un/a trabajador/a social, en los tres casos a jornada completa y que cumplan con los requisitos que se especifican en los pliegos técnicos.”

Manifiesta que la recurrente es el actual contratista de un contrato menor cuyo objeto es la atención psicológica infantil, que no coincide con el servicio licitado.

Y aclara que las obligaciones que nazcan de los futuros contratistas respecto del adjudicatario de la licitación que ahora se impugna, serán las previstas en el marco de dicho Convenio.

Vistas las alegaciones de las partes y no pudiendo este Tribunal examinar el servicio al que alude la recurrente, por tratarse de una licitación distinta de la impugnada, se ha constatado la existencia del Convenio de colaboración citado por el órgano de contratación, cuya vigencia se determina para todo el año 2024, constando en la documentación preparatoria del expediente (Memoria Técnica, de 21 de marzo de 2024), que la anterior licitación iniciada en 2022 no pudo ultimarse por los cambios sustanciales tanto en la cuantía como en los servicios prestados a partir de la entrada en vigor de dicho convenio; lo cual refuerza la consideración del órgano de

contratación de que se trata de un servicio nuevo, desestimándose esta pretensión de la recurrente.

6.- Impugnación de la cláusula 3 del PPT por infracción de los artículos 99.1, 122, 124, 125 y 203 y ss. LCSP, al entender la recurrente que existe indefinición del horario de prestación del servicio.

Alude a que esta cláusula, en relación con la descripción y características del servicio del Lote 1 establece en su apartado 3.1.3, a diferencia de lo que sucede para el “servicio de conserjería” cuyo horario se fija claramente de 15 a 21 horas, no se fija horario alguno para el “servicio de atención psicológica de adultas y de atención social” ni para el “servicio de atención psicológica infantil”, para los que tan solo se dice que el servicio se prestará “por las mañanas” o “por las tardes” bajo las “directrices de la Concejalía”.

Sostiene que teniendo en cuenta que la retribución del contratista se ha fijado a tanto alzado, tanto en el PCAP como en el PPT, y no a razón de un precio/hora, los artículos 99, 124 y 125 LCSP exigen que el contratista pueda saber cuántas horas de servicio va a tener que ejecutar “por las mañanas” y “por las tardes”, pues no es lo mismo ejecutar la prestación de “7 a 12 AM” que de “11 a 12 AM”.

Y considera esta indefinición horaria una puerta abierta para la modificación sobrevenida del alcance e intensidad de la prestación a ejecutar por el contratista con entidad suficiente para ser considerada modificación contractual subrepticia y contraria a los límites recogidos en los artículos 203 y ss. de la LCSP.

Por el contrario, el órgano de contratación considera esta cláusula ajustada a Derecho por cuanto que en la propia cláusula recurrida se establece que el personal realizará una jornada completa, moviéndonos siempre en el marco del “Convenio colectivo de referencia de acción e intervención social de 18 de octubre de 2022 de la Dirección General de Trabajo” referenciado en todo momento en el expediente y

vinculante.

Consultada la cláusula impugnada por este Tribunal, la misma señala lo siguiente:

- El servicio de atención psicológica de adultas y de atención social se prestará de lunes a viernes por las mañanas y de lunes a jueves por las tardes, pudiendo variar el horario en los meses de julio y agosto.
- El servicio de atención psicológica infantil se prestará de lunes a jueves en horario de tarde y los viernes por la mañana. Durante los meses de vacaciones podrá prestarse en horario de mañana, en función de las necesidades de las usuarias.

Coincide este Tribunal con la recurrente en que, no habiéndose establecido el precio del contrato por precios unitarios, en función de las horas prestadas, sino a tanto alzado, esta indefinición horaria afecta a la confección de la oferta por parte de los licitadores, estimándose este motivo de impugnación, pues los contratos del sector público deben tener siempre un precio cierto, a abonar al contratista en función de la prestación realmente ejecutada.

7.- Impugnación de la cláusula 4 del PPT por infracción de los artículos 203 y ss. LCSP, por considerar la recurrente que contempla una posible reorganización del servicio pudiendo el órgano de contratación modificar el contrato aleatoriamente.

Por su parte, el órgano de contratación considera que esta cláusula blindada la modificación del contrato a los casos previstos en la cláusula 18.

Establece la citada cláusula lo siguiente: *“Si en alguna actividad objeto del contrato hubiera una reorganización horaria del servicio o reducción del mismo, este Ayuntamiento efectuará junto con el contratista un reajuste del nuevo servicio para su correcta atención, que no superará el cómputo total de horas, ni el importe económico*

global asignado al conjunto de la prestación objeto del servicio.”

Por las mismas consideraciones efectuadas en el apartado anterior, entiende este Tribunal que, no existiendo un horario concreto, existe indeterminación en la reorganización del servicio previsto en esta cláusula.

Resultando estimados los motivos 2º, 4º, 6ª y 7ª anulándose las cláusulas 4 y 17 del PCAP y 3ª y 4ª del PPT, procede la anulación de los pliegos de cláusulas particulares administrativas y de prescripciones técnicas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la mercantil Especialidades Médicas Libreros, S.L.U., contra los Pliegos de Condiciones Técnicas y Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares del contrato de servicios “Programa de Atención y Prevención de la Violencia de Género y Promoción de la Igualdad” licitado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, con número de expediente 6654, en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto, anulándose los pliegos.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.