

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN

### Resolución nº 6/2018

1 de febrero de 2018

#### I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Segovia, de 9 de noviembre de 2017, se aprueba el expediente de contratación para la adjudicación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el término municipal de Segovia, cuya licitación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, se convocó en anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Segovia de 27 de noviembre de 2017, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de noviembre y en el perfil de contratante.

El valor estimado del contrato es de 328.440 euros (IVA excluido).

**SEGUNDO.-** El 11 de diciembre de 2017 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León un recurso especial en materia de contratación presentado por Dña. yyyy, en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), contra los pliegos que rigen la citada contratación.

En el recurso se impugna la cláusula 5.1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), al considerar que la citada cláusula hace mención a: “recursos humanos para garantizar el apoyo psicosocial que pueden ser técnicos o personal voluntario debidamente entrenado”, por lo que se produce una vulneración de la libre competencia, cuestión que sitúa a algunas de las posibles licitadoras en una clara situación de desventaja competitiva.

La recurrente alega que la posibilidad de poder emplear personal voluntario para cubrir una actividad requerida por el servicio distorsiona la libre competencia, puesto que las entidades mercantiles de carácter privado con ánimo de lucro no son susceptibles de desarrollar programas de voluntariado, ya que el principio básico que regula este tipo de trabajo/colaboración es carecer de ánimo de lucro, como establece el artículo 8 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado.

Señala que la participación de entidades sin ánimo de lucro está totalmente admitida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre (en adelante TRLCSP), pero en el procedimiento de contratación debe quedar garantizada la participación en igualdad de condiciones para todas las entidades, con independencia de si estas son o no entidades sin ánimo de lucro.

Considera que el TRLCSP establece tal preferencia, no como un criterio de adjudicación, sino como un criterio de desempate en el caso de que haya igualdad en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores, y que, de acuerdo con el artículo 3.3 la Ley 8/2006, de 10 de octubre, del Voluntariado en Castilla y León, “la actividad del voluntario no podrá, en ningún caso, sustituir a las prestaciones a que estén obligadas las Administraciones Públicas u otras entidades, al trabajo remunerado o a la prestación de servicios profesionales”.

Por ello, según la recurrente, “(...) no resulta admisible, sin considerar infringidos dichos principios, que las Entidades sin ánimo de lucro puedan presentar, para la prestación de los servicios básicos exigidos en el contrato, ofertas económicamente más ventajosas, como consecuencia de las ventajas o beneficios fiscales de los que gozan y que no son de aplicación al resto de los licitadores”.

Consta anuncio previo del recurso ante el órgano de contratación.

En el recurso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

**TERCERO.-** El 20 de diciembre de 2017 se recibe en este Tribunal el expediente de contratación, el informe del órgano de contratación y los correos electrónicos de las dos entidades que han presentado ofertas en el contrato de servicios.

**CUARTO.-** Mediante Acuerdo 68/2017, de 28 de diciembre, de este Tribunal, se estima la solicitud de suspensión del expediente de contratación, una vez valoradas las circunstancias concurrentes.

**QUINTO.-** Concedido trámite de audiencia, el 29 de diciembre de 2017 de Cruz Roja Española presenta alegaciones en las que considera que el pliego respeta el principio de libertad de acceso a las licitaciones y no vulnera los principios de igualdad de trato y libre concurrencia. Considera que el “apoyo psicosocial” debe entenderse como una prestación complementaria o adicional al servicio principal y que la cláusula quinta del pliego, cuestión no indicada por la recurrente, también hace referencia a que el personal voluntario interviene siempre bajo la supervisión de los profesionales.

Asimismo indica que la recurrente cita una normativa derogada, la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado. La normativa vigente, Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, en su artículo 21

establece que “Las empresas podrán promover y participar en programas de voluntariado siempre que las actuaciones que realicen puedan calificarse como de interés general”.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1ª.-** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**2ª.-** La Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE) está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, en cuanto sus intereses pueden verse afectados por la licitación convocada (artículo 42 del TRLCSP), y está acreditada su representación.

Como ha señalado este Tribunal Administrativo de Recurso Contractuales en sus Resoluciones 18/2012, 45 y 58/2013, es tendencia jurisprudencial reiterada admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. Además, la interpretación y valoración de la existencia de legitimación ha de realizarse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio pro actione, superando interpretaciones restrictivas que impidan el examen de las cuestiones de fondo por cuestiones meramente formales.

Esta doctrina se ha plasmado en la regulación de los “Casos especiales de legitimación” que efectúa el artículo 24 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPRMC), aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Este precepto dispone: “1. 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”.

En el presente caso AESTE representa los intereses colectivos del sector, por lo que se encuentra legitimada para interponer el recurso especial contra los pliegos que son el objeto del contrato.

**3º.-** El recurso se ha interpuesto contra los pliegos que rigen la contratación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el municipio de Segovia. Se trata de un acto recurrible, ya que el contrato se ha calificado como de servicios de los comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros (artículo 40.1.b) del TRLCSP) y la impugnación se dirige contra los pliegos que rigen la contratación (artículo 40.2.c) del TRLCSP).

El recurso especial se ha planteado en el plazo legalmente previsto. El artículo 44.2.a) del TRLCSP establece que el cómputo del plazo de quince días hábiles para la interposición del recurso contra el contenido de los pliegos “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”. Teniendo en cuenta que los pliegos se publicaron en el Boletín Oficial de la Provincia el 27 de noviembre de 2017 y el recurso se presentó el 11 de diciembre siguiente, resulta claro que éste se ha interpuesto en plazo.

**4ª.-** En cuanto al fondo del asunto, la recurrente impugna la cláusula 5.1 del PPT, último párrafo, cuyo contenido es el siguiente: “Recursos humanos para garantizar el apoyo psicosocial; pueden ser técnicos o personal voluntario debidamente entrenado, interviniendo siempre bajo la supervisión de los profesionales”.

La recurrente considera que los pliegos vulneran la libre competencia de las empresas y los principios de libre concurrencia e igualdad de trato entre los candidatos. Señala así que “la posibilidad de que algunos de los recursos humanos requeridos en el contrato, para la realización de las actividades que se consideran básicas del servicio que nos ocupa, sean cubiertos con voluntariado, cuestión que sitúa a algunas de las posibles licitadoras, en una clara situación de desventaja. (...).

»la posibilidad de poder emplear personal voluntario para cubrir una actividad requerida por el Servicio (...) distorsiona claramente el espíritu de la competencia del concurso, puesto que (...) las entidades mercantiles de carácter privado con ánimo de lucro no son susceptibles de desarrollar programas de voluntariado, ya que el principio básico que regula este tipo de trabajo/colaboración, y así se pone de manifiesto en el artículo 8 de la Ley 6/1996, de 15 de enero (sic) (...) es carecer de ánimo de lucro”.

Añade que si bien es cierto que el TRLCSP permite la participación de las entidades sin ánimo de lucro, y el apartado 4 de su disposición adicional cuarta les otorga una preferencia en la adjudicación, esta preferencia debe practicarse siempre en igualdad de condiciones, “es decir, en el procedimiento de contratación debe quedar garantizada la participación en igualdad de condiciones para todas las Entidades, con independencia de si estas, son o no Entidades sin ánimo de lucro, circunstancia que (...) se está vulnerando, no por la participación de las mismas sino por las condiciones recogidas en los pliegos, que no solo admiten su

participación sino también la utilización de medios materiales y de recursos humanos con los que únicamente cuentan estas últimas, y que, por tanto, sitúa al resto de entidades en una clara situación de desventaja”.

En apoyo de su pretensión cita la Resolución 58/2013, de este Tribunal, en la que se señala que “el principio de igualdad de trato entre los candidatos y de la libre competencia determina que los criterios de adjudicación sean objetivos e iguales para todos los licitadores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.1 del TRLCSP, por lo que no resulta admisible, sin considerar infringidos dichos principios, que las Entidades sin ánimo de lucro puedan presentar, para la prestación de los servicios básicos exigidos en el contrato, ofertas económicamente más ventajosas, como consecuencia de las ventajas o beneficios fiscales de los que gozan y que no son de aplicación al resto de los licitadores.

»A mayor abundamiento, la Ley 8/2006, de 10 de octubre, del voluntariado en Castilla y León, establece en su artículo 3.3 que “la actividad del voluntario no podrá, en ningún caso, sustituir a las prestaciones a que estén obligadas las Administraciones Públicas u otras entidades, al trabajo remunerado o a la prestación de servicios profesionales”.

En el supuesto objeto del presente recurso es preciso partir de la consideración de que la cláusula 2.3 del PPT determina que constituyen actividades básicas del servicio de teleasistencia domiciliaria, entre otras, el “apoyo psicosocial al usuario”.

Por otra parte, la Ley 6/1996, de 15 de enero, norma citada por la recurrente, está derogada, y la actual normativa aparece recogida en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, que, sin perjuicio de lo establecido en sus disposiciones finales segunda y cuarta, conforme a su artículo 2 es de aplicación a los voluntarios, destinatarios y entidades de voluntariado que participen, se beneficien o lleven a cabo programas de voluntariado de ámbito estatal o supraautonómico, ya se desarrollen dentro o fuera de España, siendo también de aplicación respecto de aquellos programas en los que el Estado tenga reconocida constitucionalmente su competencia, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas en materia de voluntariado por sus estatutos de autonomía, así como también en su legislación específica.

Las entidades de voluntariado aparecen reguladas en el título III de la citada Ley. Como señala en sus alegaciones Cruz Roja, el artículo 21.1 prevé, en relación con el voluntariado y por lo que afecta a las empresas, que éstas podrán promover y participar en programas de voluntariado; a su vez, el apartado 2 establece que “Las actuaciones de voluntariado de las empresas podrán llevarse a cabo mediante la incorporación de los trabajadores que decidan participar libre y voluntariamente como voluntarios en programas promovidos por entidades de voluntariado en colaboración con la empresa”. Sobre el particular, el artículo 86.1 de la Ley 10/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León señala que “Se

reconoce el derecho de la iniciativa privada, a través de entidades con o sin ánimo de lucro, a participar en los servicios sociales mediante la creación de centros y servicios, y la gestión de programas y prestaciones de esta naturaleza”. Sin embargo las empresas privadas no son entidades de voluntariado, ni funcionan como tales, sin perjuicio de la posibilidad de promoción y participación en programas de voluntariado.

La Ley 8/2006, de 10 de octubre, del Voluntariado en Castilla y León, prevé en su artículo 14 que “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de entidades de voluntariado, las entidades, públicas o privadas, sin ánimo de lucro, legalmente constituidas y dotadas de personalidad jurídica propia, que desarrollen, de manera organizada y estable, en las condiciones determinadas en el artículo 3 de la presente norma y a través de la participación de voluntarios, programas o proyectos en relación con las actividades de interés general contempladas en el artículo 6.2”.

Por otro lado, respecto de la actividad básica de apoyo psicosocial al usuario, el apartado 5.1 del PPT, aunque aluda a personal voluntario debidamente entrenado, que intervendrá siempre bajo la supervisión de los profesionales, supone el ejercicio de una prestación básica del contrato por parte de este personal, y aunque de modo genérico se aluda a que intervendrán bajo la supervisión de los profesionales, los términos del precepto no lo caracterizan como una actividad complementaria a la actividad principal objeto de contrato.

Al respecto, como ya se ha señalado, el artículo 3.3 de la Ley 8/2006, de 10 de octubre, dispone expresamente que “La actividad de voluntariado no podrá, en ningún caso, sustituir a las prestaciones a que estén obligadas las administraciones públicas u otras entidades, al trabajo remunerado o a la prestación de servicios profesionales retribuidos”.

Esta misma cuestión se analizó en las resoluciones 58 y 72/2013 de este Tribunal, cuyos argumentos y conclusiones se reiteran en el presente caso.

El TRLCSP admite, en cuanto que no excluye dicha posibilidad, que las entidades sin ánimo de lucro participen en la licitación siempre que en su objeto, definido en los respectivos estatutos, estén comprendidas las actividades que constituyen el objeto del contrato. Pero, además, la disposición adicional cuarta del TRLCSP permite que el órgano de contratación establezca una preferencia en la adjudicación a favor de aquellas entidades cuando se trate de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. En concreto, el apartado 4 de dicha disposición adicional, “Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro”, establece: “En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad

tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes". La forma y condiciones a que alude el inciso inicial de este apartado 4 son las previstas en los apartados 2 y 3 de la misma disposición, es decir, que las proposiciones de estas entidades iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, y que estén en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas.

Ahora bien, como resulta de estos preceptos, no se establece tal preferencia como un criterio de adjudicación, sino como un criterio de desempate en el caso de que haya igualdad en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores (si bien hay que reconocer que, en la práctica, tal criterio se aplicará en escasísimos supuestos, ya que es muy difícil que haya igualdad matemática en la valoración de varias ofertas). En cualquier caso, para que tal preferencia pueda apreciarse, debe acordarse así por el órgano de contratación y preverse de manera expresa en los pliegos. Y debe tenerse en cuenta lo previsto en el inciso final de la disposición adicional cuarta: "En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes".

Por otra parte, el respeto a los principios de igualdad de trato entre los candidatos y de la libre competencia determina que los criterios de adjudicación sean objetivos e iguales para todos los licitadores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.1 del TRLCSP, por lo que no resulta admisible, sin considerar infringidos dichos principios, que las entidades sin ánimo de lucro puedan presentar, para la prestación de los servicios básicos exigidos en el contrato, ofertas económicamente más ventajosas como consecuencia de las ventajas o beneficios económicos o fiscales de los que disfrutan, y que no son de aplicación al resto de licitadores.

Por tanto, la previsión de que una de las actividades básicas del servicio de teleasistencia domiciliaria pueda realizarse por voluntarios ("apoyo psicosocial al usuario") y que esta circunstancia pueda ser valorada dentro del proyecto técnico (objeto principal del contrato) contraviene los principios de igualdad y libre competencia recogidos en el TRLCSP.

En conclusión, la redacción de la cláusula impugnada relativa a la asistencia psicosocial, como actividad básica, es inadecuada al referirse a los voluntarios, por los motivos expuestos. Por ello, debe anularse el inciso relativo "o personal voluntario" de la cláusula citada y, en consecuencia, los pliegos de contratación.

Ello no obsta para que, en su caso, el órgano de contratación pueda valorar, como mejoras, servicios adicionales o complementarios a la actividad principal objeto del contrato que puedan realizarse por personal voluntario, o recoger de manera expresa el criterio de preferencia en los términos antes expuestos.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

### III. RESUELVE

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE) contra los pliegos que rigen la contratación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el término municipal de Segovia, en el sentido de anular el inciso “o personal voluntario” de la cláusula 5.1 del pliego de prescripciones técnicas impugnada.

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

**TERCERO.-** 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.

**CUARTO.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).