

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSOS Nº. - 23 y 25/2022

RESOLUCIÓN Nº.- 28 /2022

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO
DE SEVILLA**

En Sevilla, a 15 de octubre de 2022.

Recibidos en este Tribunal los escritos presentados, en representación de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (en adelante ASADE) y COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA (en adelante CCOO), contra los Pliegos que rigen la contratación del *"SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA"*, Expte. 2022/000421, tramitado por el Servicio de Administración de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Sevilla este Tribunal, adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30/09/2022 se remite para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el anuncio de licitación convocado por el Ayuntamiento de Sevilla para la contratación del servicio de ayuda a domicilio, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, correspondiendo un plazo de presentación de ofertas de 36 días naturales desde el envío del anuncio de licitación al DOUE, es decir, hasta el 04/11/2022. Con fecha 2 de octubre se procede a la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Con fecha 06/10/2022, mediante acuerdo de Junta de Gobierno, se rectifica el PPT, remitiéndose anuncio al DOUE el día 7 y publicándose anuncio de rectificación el mismo 7 de octubre en la Plataforma de Contratación, ampliándose el plazo de presentación de ofertas hasta el 10/11/2022 a las 23:59 horas. El Anuncio de rectificación de Pliegos, se publica en la Plataforma con fecha 10 de octubre.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de octubre del año en curso, se traslada a este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto con fecha 24 de octubre por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO, contra los Pliegos que rigen la contratación del "SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA", Expte. 2022/000421, tramitado por el Servicio de Administración de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Sevilla, recibiendo la numeración 23/2022.

El mismo 26 de octubre, se traslada a este Tribunal recurso especial interpuesto con fecha 25 de octubre por COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA contra los citados Pliegos, correspondiéndole la numeración 25/2022.

Recibidos los recursos y la documentación que los acompaña, se procedió el día 26 de octubre, a dar traslado a la unidad tramitadora del expediente, solicitando, conforme a lo dispuesto en la normativa de aplicación, informe al respecto y copia del expediente de contratación.

Mediante Resolución 26/2022, de 7 de noviembre, se resolvió la acumulación de los recursos nº 23 y 25.

El día 7 de noviembre se recepciona en el Tribunal la documentación remitida por la unidad tramitadora del expediente de contratación, manifestándose por la Unidad Tramitadora que, a la fecha de su informe y remisión de documentación al Tribunal, "el expediente para la tramitación del contrato del Servicio de Ayuda a Domicilio, se encontraba en plazo de presentación de ofertas, sin que se hubiera presentado ninguna entidad licitadora hasta dicha fecha, por lo que no se ha dado traslado de la interposición de los Recursos especiales en materia de contratación presentados contra los pliegos, a ningún interesado", habiéndose anunciado, no obstante, la interposición de los recursos en la Plataforma de Contratación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 63.3 de la Ley 9/2017, el 28 de octubre.

La Resolución nº 27/2022 de este Tribunal, de fecha 9 de noviembre, resuelve la solicitud de suspensión del procedimiento planteada por ASADE, desestimando ésta.

A la fecha de la presente Resolución, consta la presentación de ofertas a todos los Lotes, concretamente, 2 ofertas al Lote 1, 4 ofertas al Lote 2, 2 ofertas al Lote 3, y 1 oferta al Lote 4.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En relación a la legitimidad, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, las recurrentes se encuentran legitimadas.

En cuanto al plazo de interposición, conforme a lo dispuesto en el art. 50 de la LCSP, los recursos se han interpuesto en plazo.

Por lo que respecta al ámbito objetivo de los recursos, hemos de analizar si han sido interpuestos contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

(...).”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.”

A la vista de los artículos transcritos, procedería concluir que nos encontramos ante un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación, por cuanto que, tratándose de un contrato de Servicios que supera los umbrales establecidos en la normativa vigente, se impugnan los pliegos rectores del mismo.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, son tres las cuestiones planteadas en los recursos que nos ocupan:

1.- Insuficiencia del presupuesto, considerándose, en definitiva, que el presupuesto de licitación es insuficiente para cubrir los costes

2.- Vulneración del principio de mejor relación calidad- precio que debe regir en toda licitación, por considerar que el Ayuntamiento, con los criterios de adjudicación establecidos, no está primando la calidad frente al precio, sino que el precio es el único protagonista de la adjudicación, siendo el económico el criterio con mayor ponderación e importancia.

3.- Existencia de omisiones y errores en los listados de personal afectado por la subrogación.

Por lo respecta a la insuficiencia del presupuesto, defiende ASADE que, a la vista del Anexo I del PCAP, *"podría darse la inviabilidad económica del servicio a contratarse, por insuficiencia de precio; ello motivado en que el incremento del precio/hora operado, es absolutamente insuficiente para cubrir los costes del contrato, tal y como a continuación pasamos a exponer.*

En el año 2.018, el AYUNTAMIENTO DE SEVILLA procedió a convocar la licitación del Servicio de Ayuda a Domicilio para el municipio de Sevilla, fijando el precio/hora en 17,08.-€ (IVA incl.), siendo que, a día de hoy, y ya en el año 2.022, el precio/ hora establecido por los PLIEGOS que se impugnan, es de 18,32.-€/hora (IVA incl.); es decir, el Ayuntamiento Sevilla como Órgano de Contratación, ha incrementado el precio/hora desde el año 2.018 hasta el año 2.022 (cuatro años), en un 7,26%.

(...) si tenemos en cuenta los incrementos que los salarios del Servicio de Ayuda a Domicilio de Sevilla han experimentado desde el año 2.018 al 2.021, ello supone un 11,178 %, sin contar con el incremento del año en curso (2.022), que según el indicador adelantado por el INE del IPC, sitúa su variación anual al acabar el año en un 9%. Si lo anterior lo comparamos con la subida del precio/hora establecido por el Ayuntamiento de Sevilla para la presente licitación que se impugna (7,26%), resulta obvio que dicho incremento no permite lograr el necesario equilibrio económico de la prestación, pues habría una disfunción de un (-) 3,918% sin contar el presente 2.022.

(...) parece absolutamente patente el extraordinario incremento de coste de personal de ayuda a domicilio y ello, sin tener en cuenta las previsiones para los siguientes cuatro (4) años, que es el periodo de duración total que abarca el contrato, incluidas las prórrogas

(...)

Se ha de tener en cuenta que las condiciones salariales del personal de ayuda a domicilio aplicables al personal que ha de desarrollar el servicio en el municipio de Sevilla son, las establecidas en el V Convenio Colectivo Provincial de Ayuda a Domicilio de Sevilla (DOCUMENTO NÚMERO 3) que se ha mantenido prorrogado, por ultraactividad, hasta el momento actual por aplicación de lo dispuesto a través de su Artículo 5, al no haberse pactado aún un nuevo Convenio. Y precitado Artículo 5 del Convenio Colectivo Provincial se remite al VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal -residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio- (DOCUMENTO NÚMERO 5), en cuanto a los porcentajes de incrementos retributivos que año a año se tienen que aplicar mientras perdure la negociación del nuevo Convenio Colectivo Provincial, y no se alcance un acuerdo definitivo del mismo. Se da la circunstancia de que el Convenio Colectivo Estatal (DOCUMENTO NÚMERO 5), también se encuentra prorrogado en vigencia ultraactiva dado que tampoco se ha alcanzado todavía ningún acuerdo para el nuevo. Y en este punto, su Artículo 8 en relación con su Disposición Final, prevé que, hasta que se llegue a un nuevo acuerdo entre las organizaciones empresariales y los sindicatos representantes de las personas trabajadoras, "se incrementarán anualmente, en el mes de enero, los conceptos retributivos en la misma cuantía que el índice de precios al consumo (IPC) real del año anterior", siempre que en el momento de ser aplicada dicha revisión salarial, "el producto interior bruto (PIB) de la economía española publicado por el INE u organismo público o privado que haga sus veces, haya experimentado un incremento anual superior al 2 %".

Si a la revisión salarial que es estima para 2.023 del 9%, según el INE (ya de por sí inasumible por el coste/hora de referencia establecido en los PLIEGOS de 18,32.-€), se añaden unas nuevas revisiones salariales para los años 2.024 a 2.026, tomando como referencia el escenario que parece lógico (siendo conservadores y mirando al pasado), se podría situar en una subida del IPC de un 2% anual, implicaría otro 6%; es decir, estamos hablando que siendo más que optimistas, el salario para el periodo de duración del contrato incluidas las prórrogas, se incrementaría en un 17,178% frente al 7,26% que ha planteado el Ayuntamiento de Sevilla en los PLIEGOS. Ello daría como resultado, sin duda alguna, la quiebra del Sector de la Ayuda a Domicilio en el ámbito de Sevilla y su provincia, siendo ello como hemos dicho al inicio del presente Recurso, uno de los motivos (el principal) por el que se impugnan los PLIEGOS dada la inviabilidad económica del Contrato, que puede llegar a ser aún más, absolutamente desorbitada e inasumible.

Y todo ello, teniendo en cuenta, además, que el V Convenio Colectivo Provincial de Ayuda a Domicilio de Sevilla se encuentra actualmente en negociación entre las Patronales y los Sindicatos, estando muy próximo su acuerdo y aprobación (en concreto, la reunión en la sede de CC.OO. está fijada para el día de hoy 24 de octubre y entendemos que implicará unos incrementos salariales aún mayores a los que venimos haciendo referencia a través del presente escrito.

Según lo anteriormente expuesto quedaría acreditado y cabría concluirse que, según el Convenio Colectivo vigente que es de aplicación, el servicio licitado sería económicamente inviable dadas las condiciones recogidas en los PLIEGOS de la licitación y en concreto, por falta de insuficiencia presupuestaria de la misma.

Lo anterior, esto es, la infravaloración del coste del servicio, al menos en lo que a los costes laborales supone, conlleva una vulneración de los Artículos 100, 101 y 102 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").

Por lo expuesto, entendemos necesario que se proceda a la urgente rectificación de la incidencia advertida, así como a la modificación del presupuesto de licitación (PBL), procediendo a adecuar el mismo, cuanto menos, al valor de las prestaciones y disposiciones al servicio a precio de mercado; haciendo con ello viable el servicio a prestarse, y en evitación de poner en riesgo la prestación del mismo, así como de mantener la necesaria paz social.

En su escrito de recurso, CCOO, manifiesta, asimismo, que "se constata que se incrementa el precio hora en un 7,31% pasando de 16,42 de la licitación cuyo ejercicio se inició en 2019 a 17,62 €/hora de servicio del ejercicio que se iniciara el próximo 2023.

Desde el año 2019 la tabla salarial aplicable establecida en el convenio colectivo contemplaba una subida salarial del 0,8% para 2020, la cual no se llegó a aplicar y se encuentra pendiente de celebración de juicio el próximo mes de noviembre de 2022. A ello hay que sumar la subida salarial que, una vez agotada la duración del convenio colectivo provincial y en virtud de su artículo 5 que establece la vinculación al Convenio Marco Estatal de la Dependencia, ha sido establecida en el 6,5% por sentencia de la Audiencia Nacional, suponiendo ello el 7,30% de incremento sobre el salario que percibe actualmente la plantilla, y que se recoge en los pliegos.

Además, es necesario mencionar que actualmente tanto el convenio provincial como el estatal de la dependencia se encuentran en negociación y aplicándose en ultraactividad.

En consecuencia el próximo año, primero de ejecución del presente pliego, y en virtud del artículo 8 del citado Convenio Marco Estatal de la Dependencia, habrán de incrementarse las retribuciones en lo que establezca el IPC real del año anterior, siempre y cuando se supere el 2% de incremento del PIB de la economía española en ese momento. Es decir, de continuar las actuales circunstancias el incremento realizado por el ayuntamiento en lo referente al presupuesto, éste no se ajustará al que los costes laborales van a experimentar en el año de ejecución del pliego. Por ese motivo, en cumplimiento de la normativa de aplicación y debiendo ajustarse las retribuciones y demás condiciones de trabajo del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Sevilla a lo establecido en el convenio colectivo de sector y demás normativa laboral, entiende quien suscribe que las condiciones económicas han de establecerse conforme a las retribuciones efectivas que han de ser percibidas legal y convencionalmente por el personal afectado.

Por su parte, el órgano de contratación, defiende la adecuación del presupuesto, exponiendo en un extenso informe, cómo se ha efectuado el cálculo de los mismos, según lo establecido en el PPT, cuya Cláusula 9 recoge el desglose de costes estimados para la determinación del presupuesto de licitación, pronunciándose en los siguientes términos:

“En cuanto al precio de licitación, tal y como se establece en el Anexo al PCAP, los mismos se formulan en términos de precios unitarios (art. 100.4 LCSP), precios/hora de prestación del servicio según la jornada, franja horaria y sistema de acceso al servicio (vía Ley de Dependencia o por prescripción de los servicios sociales comunitarios), coincidiendo en consecuencia el importe de licitación con el importe de adjudicación, y aplicándose la baja ofertada por las empresas licitadoras a dichos precios unitarios.

Esto es, se trata de un contrato de servicios sucesivos, a prestar a requerimiento de la administración, sin perjuicio de que en el PPT se establezca una previsión de horas para cada forma de acceso, con los criterios que en el mismo se indican. Y señalándose asimismo que *“El carácter imprevisible de las necesidades especificadas en el apartado de las características del servicio, y por tanto la necesidad de realizar una estimación del número de horas de servicio de ayuda a domicilio por sendas vías de acceso, SAD dependencia y SAD por prescripción de los servicios sociales comunitarios, motivan que únicamente se trate de una previsión de las horas de servicio y que el importe total de la adjudicación coincida con el presupuesto de licitación, revirtiendo la baja de la/s empresa/s adjudicataria/s en un mayor número de horas de prestación del servicio de ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Sevilla”*.

El Artículo 100.2 respecto al Presupuesto de Licitación, señala: *“2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado”*.

Adicionalmente, el Artículo 101 establece cómo en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

En cuanto al presente contrato, los precios/hora de licitación son los indicados en el Antecedente de Hecho Primero, y el cálculo de los mismos según lo establecido en el PPT (Antecedente de Hecho Cuarto):

GASTOS DE PERSONAL: 88,73 %, habiéndose tenido en cuenta el Convenio Colectivo del Sector de Ayuda a Domicilio de Sevilla y Provincia (BOP nº 81 de 10/04/2018), incrementando los precios hora resultante en los porcentajes de subida del IPC, e incluyendo: Salario Base, Complementos Salariales, Antigüedad, Complemento Ad Personam, y Seguridad Social para una jornada de 1.755 horas/año, y de acuerdo a las exigencias de número de profesionales según su categoría profesional, tipo de contrato, y tiempo de dedicación para cada uno de los perfiles profesionales, de acuerdo a lo establecido en el correspondiente apartado de Recursos Humanos de las Prescripciones técnicas para la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio. Y un incremento del 25% para las horas nocturnas y otro 25% para las festivas, según lo recogido en Convenio.

GASTOS EQUIPAMIENTO, MATERIALES Y CLAUSULAS SOCIALES: 7,27 %, según precios de mercado.

GASTOS OTROS COSTES INDIRECTOS: 4,00 %, según precios de mercado.

Dichos porcentajes del precio de licitación tienen carácter, claro está, orientativo, sirviendo de base para el establecimiento del precio en los Pliegos, sin perjuicio de que los márgenes y costes de las empresas licitadoras, en cuanto a los costes que no son de personal, pudieran ser diferentes según las circunstancias de cada empresa y que le permitan presentar una oferta concreta según los casos.”

A mayor abundamiento, el informe efectúa una comparativa con los precios de licitación y adjudicación del contrato anterior, indicando que “Por otro lado, si atendemos estrictamente a los precios de personal, cabría informar lo siguiente:

1.- Las subidas de los precios hora en comparativa con el anterior Pliego así como el de actual prestación del servicio resultante de la adjudicación son las siguientes (análisis, a modo de ejemplo, con el precio hora laborable diurno):

Precio hora de licitación pliego expte. actual 11/22: 17,62 €/h IVA no incluido
Precio hora de licitación pliego expte. anterior 22/18: 16,42 €/h IVA no incluido.
Respecto a este precio hora una subida del 7,3%

Precio hora de adjudicación Lote 1: 15,80 €/h IVA no incluido.
Respecto a este precio hora una subida del 11,52%
Precio hora de adjudicación Lote 2: 16,05 €/h IVA no incluido.
Respecto a este precio hora una subida del 9,78%
Precio hora de adjudicación Lote 3: 15,76 €/h IVA no incluido.
Respecto a este precio hora una subida del 11,80%
Precio hora de adjudicación Lote 4: 16,41 €/h IVA no incluido.
Respecto a este precio hora una subida del 7,37%

Asimismo, la duración de los contratos actualmente vigentes fueron los siguientes:
Lotes 3 y 4: 4 años de ejecución, hasta la fecha actual.
Lote 1: 3 años y 9 meses, hasta la fecha actual.
Lote 2: 3 años y 9 meses y medio, hasta la fecha actual.

Es decir, todos los lotes se están ejecutando hasta el 31 de diciembre de 2022, sin que hayan existido incidencias en lo relativo a insuficiencia de los precios-hora de adjudicación para afrontar de forma correcta el servicio y el pago de nóminas y todos los gastos derivados del mismo, teniendo además en cuenta las bajadas en los precios de adjudicación.

2.- Para la determinación de los precios hora de licitación se ha tenido en cuenta la información existente a la hora de elaboración de los pliegos, concretamente, según lo dispuesto en el apartado 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Forma de determinación del presupuesto base de licitación): Para la estimación del coste de personal Auxiliar y de Coordinación y Equipo Técnico se ha tomado como referencia el V Convenio Colectivo del Sector de Ayuda a Domicilio de la provincia de Sevilla (BOP nº 81 de 10/04/2018), incrementando los precios hora resultantes en los porcentajes de subida del IPC, e incluyendo en los cálculos el salario base, complementos salariales, antigüedad, complemento ad personam y Seguridad Social, de acuerdo a las exigencias de número de profesionales según su categoría profesional, grupo profesional y tiempo de dedicación al contrato para cada uno de los perfiles profesionales establecidos en los correspondientes apartados de recursos humanos

En este sentido, el artículo 36 del citado Convenio Colectivo indica lo siguiente:
*”Incremento retribuciones. 1. Para los años 2016 y 2017 las retribuciones salariales a percibir por los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio será el establecido en las Tablas Salariales expresadas a continuación:
Tabla 1. Retribuciones del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016
Tabla 2. Retribuciones del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017*

2. Para el año 2018 se establece como subida salarial el IPC real de 2017 y equiparación de la antigüedad a las cifras del convenio colectivo estatal.

Para el año 2019 se establece un salario base de 1.000,00 euros para la categoría de Auxiliar de Ayuda a Domicilio a jornada completa, y una subida proporcional para el resto del personal. Este incremento retributivo para el año 2019 no se aplicará en el caso de que el IPC del año 2018 sea negativo. Para el año 2020 se establece como subida salarial el IPC real de 2019, siempre y cuando no sea negativo.”

En este sentido, en los pliegos elaborados en 2018, se tuvo en cuenta para establecer el precio/hora de licitación, el IPC hasta esa fecha, esto es, hasta la variación de IPC del 2017 al 2018.

De ahí que, en consecuencia, en los presentes pliegos objeto de recurso se haya tomado como referencia las subidas de IPC sin contar las cifras negativas al respecto, que asimismo no se tuvieron en cuenta en los pliegos anteriores, y de las que se dispone de información en la fecha de elaboración de los pliegos:

Diciembre 2018-Diciembre 2020: 0,8%

Diciembre 2019-Diciembre 2020: -0,5%

Diciembre 2020-Diciembre 2021: 6,5%

IPC acumulado, sin contar las cifras negativas: 7,3%, que se correspondería con la diferencia con los precios de licitación de los actuales pliegos respecto a los anteriores.

Dichos datos pueden ser consultados en la página oficial del INE (Instituto Nacional de Estadística).

3.- Tal y como se dispone en el citado apartado del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se han realizado los cálculos incluyendo el salario base, complementos salariales, antigüedad, complemento ad personam y Seguridad Social, del personal adscrito a los contratos, tomando como referencia el Convenio Colectivo aludido, incrementándole los costes que se requieren para la aplicación de las cláusulas sociales y equipamiento y otros materiales para la ejecución del contrato, así como los costes indirectos, incluyendo margen para el beneficio empresarial.

Más concretamente, se han tenido en cuenta los costes salariales establecidos en el V Convenio Colectivo del Sector de Ayuda a Domicilio de la provincia de Sevilla (BOP nº 81 de 10/04/2018), incrementándole el IPC conocido en la fecha de elaboración de los pliegos, incluyendo los complementos ad personam establecidos en los listados facilitados por las empresas actuales adjudicatarias, complemento de antigüedad tomando como referencia una media de 3 trienios y los costes de seguridad social de la empresa. Todo ello aplicado al personal adscrito a la ejecución de los diferentes Lotes en que se divide la contratación y las categorías profesionales de cada uno de los/as profesionales adscritos al mismo.

Una vez realizado los cálculos de los 4 lotes establecidos en los pliegos objeto del recurso, se han incrementado los mismos en los costes que requieren la aplicación de las cláusulas sociales establecidas en el citado pliego, así como equipamiento y otros materiales necesarios para la ejecución del mismo. Se ha tenido en cuenta un 4% de costes indirectos, incluyendo margen de beneficio empresarial para las entidades que se presenten a la licitación.

Respecto a la consideración del personal a subrogar para la determinación del precio del contrato, la Resolución nº. 315/2018, de 10 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid considera que el art. 130 LCSP “*circunscribe dicha obligación a la obligación de información sin que reiteradamente se ha indicado en los tribunales de recursos contractuales pueda establecer dicha obligación contractualmente vía pliegos*”. De hecho, la doctrina entiende que ni siquiera es obligación del órgano de

contratación la comprobación de la información facilitada al respecto por la empresa que presta el servicio.

En dicha Resolución se reproduce lo establecido por la Resolución 179/2018, de 20 de junio, según la cual *“se debe partir de la doctrina sentada por estos órganos especializados en relación a la obligación de subrogación de los trabajadores y la aplicación de los Convenios para la determinación del precio del contrato, considerando, de acuerdo con la Resolución 866/2017, de 3 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que es “inadmisible que el órgano de contratación tenga que fijar el valor estimado y el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, pues en tal caso quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato.”*

Y también tiene declarado este Tribunal que no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan.

Las consideraciones expuestas nos llevan a la conclusión de que el cálculo del coste laboral del personal a subrogar no supone un límite determinante en sí mismo del importe mínimo del precio del contrato”.

[...] *“Cuestión distinta de las subrogaciones es el cálculo de los trabajadores necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato. Ese cálculo no deriva de la subrogación o no de los trabajadores actuales, sino de los requisitos de la prestación establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Evidentemente, ese cálculo se debe trasladar a la oferta económica correspondiente”*(Resolución 104/2018, de 11 abril del mismo Tribunal).

Así también la Resolución 739/2019, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales considera que el desglose de gastos debe realizarse conforme al convenio colectivo, *“siendo este y no el anexo de personal subrogado, formado a partir de la información suministrada por el adjudicatario saliente, el que sirve de referencia a la fijación del presupuesto”.*

Esta consideración también se incluye en la Resolución 569/2019, de 23 de mayo, al argumentar que la existencia de cláusulas de subrogación laboral derivadas de los convenios colectivos aplicables no pueden suponer *“una petrificación del objeto del contrato”* ni impedir *“su adaptación a las necesidades administrativas que concurran en las sucesivas licitaciones del servicio”*, como podría ocurrir cuando se adapten las prestaciones a las necesidades actuales, respondiendo así a principios de buena administración, control del gasto y eficiencia en la utilización de los recursos públicos destinados a la contratación (arts. 1.1 LCSP).

A mayor abundamiento y tal y como se recoge en la Resolución 549/2019, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“aunque haya calculado en su oferta un precio por debajo del coste salarial ello no implica que vaya a incumplir el Convenio o que vaya a pagar el trabajador esa cantidad que se ha incluido en su oferta”.*

No obstante lo anterior, el desglose de los cálculos se adjunta como Anexo I al presente documento. De dichos cálculos puede deducirse que se han tenido en cuenta, a modo orientativo y con la finalidad de hacer una aproximación a dichos costes, el personal indicado

por las empresas para subrogar, con los costes según Convenio Colectivo, a lo que se ha sumado los otros costes tenidos en cuenta, recogándose la existencia de posibles márgenes para las empresas licitadoras.

Por otro lado y asimismo, se realizó cálculo del nº de horas previstas en el Pliego por el precio de licitación propuesto, resultando los importes que se indican en Anexo II.

De la comparativa de ambos cálculos, resulta que el importe incluido en el Pliego, al precio/hora de licitación podría suponer un margen para las empresas licitadoras en comparativa con los costes de personal, según el detalle contenido igualmente en Anexo II.”

Concluye así, el informe que “Con todo lo anterior se argumentaría el establecimiento de unos precios horas adecuados a los precios generales establecidos en la fecha de elaboración de los pliegos. Unos precios hora con los que se cubriría los costes laborales del personal adscrito y necesarios para la ejecución de los 4 lotes en que se divide el pliego objeto del recurso, cumpliendo el Convenio Colectivo sectorial de aplicación, añadiéndole otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, todo ello de conformidad con el art. 100.2 LCSP según el cual: el órgano de contratación cuidará que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios de mercado, debiendo desglosarse los costes directos, indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, debiéndose indicar los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Y así también el art. 102.3 señala que *“Los órganos de contratación cuidarán de 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 base de licitación...”* y que *“En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”*.

Por ello mismo, por evidente no es posible tener en consideración ninguna negociación de nuevo Convenio Colectivo que se esté llevando a cabo.

En cualquier caso, y de conformidad con lo recogido en distintas Resoluciones de Tribunales Contractuales (179/2018 Comunidad de Madrid, 569/2019 y 633/2019 Tribunal Central), es la parte recurrente la que debe argumentar y aportar cálculo o principio de prueba preciso y concreto que sustente su reclamación, es decir, debe en cualquier caso acreditarlo, sin que de los recursos interpuestos, realicen concreción alguna al respecto ni realicen unos cálculos de todos los costes estimados necesarios, y un desglose de los mismos al objeto de conocer los costes estimados y el precio hora necesario para cubrir los mismos, más allá de un sumatorio de los porcentajes de subida que se consideran deberían aplicarse respecto a los anteriores precios de licitación que asimismo también se han tenido en cuenta a la hora de elaboración de los pliegos.

Por ello, cabría entender que los precios hora de licitación cumplirían la normativa citada en lo relativo a los Artículos 100, 101 y 102 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”): el precio del contrato sean adecuados para el *“efectivo cumplimiento del contrato”* y al *“precio general de mercado”*, teniendo en cuenta todos *“los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos”* y, además, en los contratos en que el coste de los salarios formen parte del precio total del contrato, también *“los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

Y se cumpliría así la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales: Resolución 066/2012, según la cual, *“La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa”*.

En apoyo de su defensa, trae a colación diversas Resoluciones, tales como la Resolución 238/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, reiterando su pronunciamiento en la Resolución 189/2020: *“... no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata”*.

Abunda en esta idea el TACP (Resolución 184/2020) al manifestar que *“La subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1.1 de la LCSP”*, la Resolución 255/2022 del mismo Tribunal (*“... el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, ambos conceptos no son coincidentes y la prestación a contratar puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. Las listas del personal objeto de subrogación informan las condiciones del personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato, de manera que los licitadores deberán tener en cuenta al hacer el cálculo económico las condiciones de las prestaciones previstas en el pliego y las personas a subrogar”*).

Se cita, asimismo, nuestra Resolución 23/2021 en la que se diferenciaba entre los costes del contrato, que vendrán determinados por los que sean necesarios para su ejecución y los costes que, en su caso, tuviera la contrata anterior, señalando que tanto *“la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al considerar que a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que esté vinculado por contrataciones anteriores, no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos, debiendo el presupuesto del contrato ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar.”*

[...]

Efectivamente, una cosa es la obligación de subrogación, y otra distinta la adscripción a la ejecución del contrato de los medios mínimos previstos en el Pliego. Si, como decíamos anteriormente, el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, no pudiéndose admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, el coste a justificar por el licitador vendrá referido al correspondiente al personal que, de hecho, y en cumplimiento de los Pliegos, va a destinar a la ejecución del contrato.

En efecto, [...]. El presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, no pudiéndose admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales pero no necesariamente de las horas ni del personal que se venían prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.”

El informe alude, finalmente a una comparativa con los precios hora de licitación de contratos del Servicio de Ayuda a Domicilio de otros ayuntamientos de la provincia de Sevilla, “donde es igualmente aplicable el Convenio provincial de referencia vigente, se comprueba que los tipos de licitación son bastante más bajos, equiparándose a lo financiado por la Junta de Andalucía (por ejemplo, Dos Hermanas a 13 €/hora en 2020, Aznalcázar a 14,60 €/hora en 2022) o, en cualquier caso, bastante inferior al del presente contrato (por ejemplo, Alcalá de Guadaíra)”, afirmando que “Esto también indica que para ver si los precios hora de licitación posibilitan garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del contrato, resulta necesario realizar un análisis y cálculo de los mismos, y no hacer referencia únicamente a la subida respecto a los precios de licitación, que además en otros municipios a los que se le aplica el mismo Convenio Colectivo, siendo como argumenta la recurrente, un contrato intensivo en mano de obra, los precios hora de licitación de los anteriores contratos, resultan muy diferentes. Y si se realiza una comparativa con la subida efectuada por la Junta de Andalucía en el precio hora financiado, de 13 a 14,60 €/hora, nos encontraríamos con una subida de un 35,54%, que sin embargo no llegaría a financiar el precio de licitación ni siquiera de la hora laborable diurna.”

Expuestas las alegaciones de las partes, antes de cualquier otra cuestión, ha de señalarse que la tarea de determinación del precio tiene la consideración de criterio técnico, gozando para ello el órgano de contratación de discrecionalidad en tanto no quede acreditada la existencia de error en su apreciación (Resoluciones del TACRC números 984/2018, de 26 de octubre, 1263/2019, de 11 de noviembre, 213/2022, de 17 de febrero, y 449/2022, de 21 de abril)

El informe destaca que, conforme a los artículos 100.2 y 102.3 el precio de mercado al que hay que atender es el correspondiente al momento en que se estima y fija el presupuesto base de licitación

Tal y como dispone la LCSP, la determinación del presupuesto se ha realizado atendiendo al precio de mercado existente y conocido “*en el momento de fijar el presupuesto base de licitación*”, a partir del convenio laboral de referencia en dicho momento.

Sobre el hipotético contenido de convenios colectivos futuros y la sanción, en virtud del principio de riesgo y ventura, por el contratista de los riesgos derivados de posibles incrementos salariales producto de la negociación colectiva, se ha pronunciado recientemente el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC), analizando esta cuestión en la Resolución nº 032/2022. En cuanto a los motivos de impugnación aducidos por el recurrente, el OARC considera que deben ser desestimados por varios motivos:

En primer lugar, por la propia **discrecionalidad** que tiene el poder adjudicador para determinar el PBL, correspondiendo a quien impugna la determinación del PBL la carga de probar, *“más allá de las vicisitudes del mercado, que bajo las condiciones económicas propuestas no cabe esperar una concurrencia suficiente y no está garantizada la viabilidad de la correcta ejecución del contrato”*.

El PCAP incluía el desglose del PBL y los criterios seguidos para su determinación. Para la determinación de los costes de personal se tuvieron en cuenta los datos facilitados por el actual contratista y el convenio colectivo vigente, añadiendo el personal necesario para servicios adicionales y teniendo en cuenta factores como las sustituciones por vacaciones o el índice de absentismo previsible. Considera el OARC que el recurrente, sin embargo, no acredita ninguna infracción de los límites del ejercicio de la discrecionalidad técnica, pues *“no señala ningún error evidente que invalide los cálculos del Ayuntamiento y que permita poner en duda la viabilidad del procedimiento de adjudicación o de la ejecución de la prestación contractual, y mucho menos que haga suponer racionalmente que vaya a incumplirse ningún convenio colectivo o norma social o laboral”*.

Y, lo que constituye el motivo más destacable de desestimación del recurso, el OARC pone de manifiesto que el Comité de Empresa no puede pretender que el PBL se calcule teniendo en cuenta *“el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros”*, ya que, incide el Tribunal, ello iría en contra del **principio de riesgo y ventura**, *“que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial”*, concluyendo que el contratista debe asumir los riesgos inherentes a la ejecución del contrato, incluyendo los posibles incrementos salariales producto de la negociación colectiva.

Con respecto a la consideración del personal a subrogar para la determinación del precio del contrato, el propio órgano de Contratación, trae a colación diversas Resoluciones emitidas por órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación, siendo, en efecto muy abundante la doctrina en este sentido, recogándose en nuestras Resoluciones 1/2021, 23/2021, 31/2020, 36/2021, 39/2021 y 47/2021 y que se resume en que la existencia de la obligación de subrogación, no condiciona el precio del nuevo contrato, pues a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que esté vinculado por contrataciones anteriores.

El análisis de la controversia ha de partir de lo establecido en el artículo 100.2 y siguientes de la LCSP, disponiendo el primero que *«En el momento de elaborarlo [el presupuesto base de licitación], los órganos de contratación cuidarán de que el*

presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.»

Asimismo, y como recogía el Tribunal Central en su Resolución 1080/2018, en la aplicación de estos preceptos deben considerarse los principios de estabilidad presupuestaria y de control del gasto previsto en artículo 1.1 de la LCSP, concluyendo que estos preceptos exigen que el órgano de contratación haga una adecuada valoración del presupuesto base de licitación, de tal forma que sea suficiente para permitir el correcto cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta los costes directos, indirectos y otros eventuales gastos para su determinación (art. 100.2, LCSP) y, dentro de los costes directos, particularmente, la correcta estimación de los costes laborales, según los convenios sectoriales aplicables, pero a su juicio ello no exige desglosar pormenorizada, exhaustiva y detalladamente todos y cada uno de los costes que implica la ejecución del contrato, teniendo en cuenta además, como se ha mencionado, “*el principio de eficiencia en la realización del gasto público (artículo 1 de la LCSP), y el hecho de que la fijación del importe del presupuesto, siendo importante, lo es de forma relativa, ya que si el establecido es insuficiente para cubrir los costes empresariales y un determinado beneficio, lo normal será que la licitación quede desierta*”

En su Resolución 1056/17, el mismo Tribunal, con cita de las resoluciones 660/2017, de 21 de julio, 349/2013, de 4 de septiembre, 117/2015, de 6 de febrero, o 589/2017, de 30 de junio), “*la impugnación de la adecuación del precio debiera demostrar que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato*” (resolución 589/2017, de 30 de junio, o 117/2015, de 6 de febrero).

De manera similar, en la Resolución 695/2015, se concluye que “*Expuestas así las posturas de ambas partes, debe anticiparse que la alegación sobre insuficiente dotación presupuestaria no puede tener favorable acogida, pues no se acredita por FALCK que los costes de ejecución reales sean superiores al precio de licitación y, menos aún, que el criterio técnico utilizado por el órgano de contratación para la estimación de costes sea erróneo, no siendo suficientes las alegaciones que, a tal efecto, se contienen en el escrito de interposición del recurso*”

En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, Acuerdos 39/2018, 19/2018, señalaba que “*es a la entidad contratante a quien corresponde determinar el importe del presupuesto del gasto de la contratación o, en su caso, la estimación de su repercusión económica, tal y como se desprende del artículo 34 de la LFCP, por ser quien mejor conoce el interés público que pretende satisfacer. La Administración contratante dispone de discrecionalidad técnica para establecer el presupuesto de la prestación contractual, siempre que no exista error o arbitrariedad y se preserven los principios rectores de la contratación*”. Facultad discrecional que tiene como límite, en orden a evitar que incurra en arbitrariedad, la necesaria motivación en el expediente de la determinación del precio del contrato. La

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 760/2017 de 8 septiembre, sobre el presupuesto o tipo de licitación nos recuerda que *“Para su fijación, el órgano de contratación (a quien hemos reconocido un amplio margen de estimación; cfr.: Resoluciones 420/2013, 85/2015, 336/2015, 782/2015, 1030/2015, 159/2016, 940/2016, 134/2017, 589/2017, entre otras muchas), deberá partir siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto (cfr.: Resolución 237/2017, y todas las en ella citadas), atendiendo al precio general de mercado (cfr.: artículos 87.1 y 88.2 TRLCSP). Sobre la exigencia de ajustarse a los precios del mercado, hemos dicho, en fin, que “tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa” (cfr.: Resoluciones 66/2012, 694/2014, 360/2017, 576/2017, entre muchas otras).*

(...)

De ahí que, también hemos señalado que cualquier impugnación de la cuantía establecida como presupuesto del contrato ha de probar que con dicha cifra no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato (cfr.: Resoluciones 214/2016, 1027/2016 y 589/2017)”

También el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, recoge en sus Resoluciones que *«el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas.»* y la necesidad de que por el recurrente se pruebe y fundamente de manera adecuada la insuficiencia alegada, así en sus Resoluciones 104/2015 (*“Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.”*), o Resolución 116/2015 *“En lo que se refiere al contrato que nos ocupa, se ha de indicar que el presupuesto inicial no contiene error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide y que el recurrente no ha conseguido probar que el precio de salida no garantiza una concurrencia adecuada”*.

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

La estimación del importe debe ser adecuada para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato. Esta determinación del importe viene derivada de las prescripciones técnicas, de las prestaciones exigidas, en

este caso de las horas de servicio requeridas donde tienen una elevada importancia los costes salariales. En la licitación es donde se concretan las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando una labor de cuantificación que debe quedar acreditada en el expediente de contratación.

Es, como se deriva de lo dispuesto en la LCSP en el momento de su elaboración y estimación, cuando por el órgano de contratación ha de cuidar la adecuación de las prestaciones al mercado, teniendo en cuenta la información y circunstancias vigentes, como claramente defiende el informe del centro gestor, aseverando que el precio de salida es acorde y adecuado para garantizar la correcta ejecución del contrato y el equilibrio entre las prestaciones contractuales.

A juicio de este Tribunal, la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato no ha quedado suficientemente probada, no aportándose cálculo o prueba precisa que desvirtúe el presupuesto establecido por el órgano de contratación, ni acreditándose infracción de los límites del ejercicio de la discrecionalidad técnica, pues “no señala ningún error evidente que invalide los cálculos del Ayuntamiento y que permita poner en duda la viabilidad del procedimiento de adjudicación o de la ejecución de la prestación contractual, y mucho menos que haga suponer racionalmente que vaya a incumplirse ningún convenio colectivo o norma social o laboral”.

El órgano de contratación ha dado cumplimiento a las exigencias legales previstas en el artículo 100.2 y 102.3 de la LCSP. Por otro lado, debemos recordar que no corresponde a este Tribunal efectuar cálculos sobre los costes, directos o indirectos, de las prestaciones que integran el objeto del contrato, sino que es a la recurrente a quien incumbe acreditar, con datos y cálculos precisos y concretos que, tal y como afirma, el PCAP no cubre los costes asociados al servicio. Y en este caso, la recurrente no ha acreditado esa insuficiencia, pues no ha aportado elementos probatorios que avalen suficientemente sus alegaciones.

No se prueba, en definitiva, que con el importe de licitación sea imposible cumplir las horas de servicio, que como señala el órgano de contratación, son, además, una estimación, a los precios de convenio colectivo, ni que los costes estimados no sean los adecuados y necesarios para la ejecución del contrato, por lo que, no quedando acreditada la insuficiencia, el motivo de impugnación ha de rechazarse

CUARTO.- Por lo que respecta a la vulneración del principio de mejor relación calidad-precio que debe regir en toda licitación, considera ASADE que el Ayuntamiento, con los criterios de adjudicación establecidos, no está primando la calidad frente al precio, sino que el precio es el único protagonista de la adjudicación, siendo el económico el criterio con mayor ponderación e importancia.

Defiende la recurrente que *“teniendo en cuenta los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN y el reparto de puntuaciones que se han dado a los mismos, si aplicamos la fórmula proporcional directa establecida en los PLIEGOS (que al ser una fórmula rápida, genera mucha diferencia entre las puntuaciones de los licitadores, en cuanto se hace una baja mínima), el CRITERIO con mayor ponderación e importancia es el económico; vulnerando de esta manera el principio de mejor relación calidad-precio que debe regir*

en toda licitación y en ésta, aún más si cabe, al ser un contrato de carácter absolutamente social, donde cualquier ventaja debería redundar en la mejora de la calidad del servicio y no, como sucede en el presente caso, en prestar el servicio a un precio más barato.

Es decir, en este supuesto lo que se incentiva es la baja y, por lo tanto, esta fórmula hace que la presente licitación se sitúe en el marco de una subasta económica.

(...)

...los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN denunciados infringirían lo dispuesto en la legislación vigente aplicable (LCSP) al no respetar el principio fundamental de relación calidad- precio que debe de regir en todos los concursos; por lo que, en consecuencia, procedería declarar la nulidad de los PLIEGOS, a fin de que queden fijados unos nuevos CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN que no avoquen a una subasta y sí, y la necesaria búsqueda de la relación calidad- precio.”

El órgano de Contratación, en su informe, defiende el principio de discrecionalidad técnica para el establecimiento de los criterios de adjudicación sin perjuicio de que para ello deba seguir los condicionantes establecidos al respecto en la LCSP, trayendo a colación diversos pronunciamientos de órganos análogos a este Tribunal (Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 1234/2020 al señalar que “es doctrina del Tribunal que la LCSP reconoce un amplio poder de discrecionalidad al órgano de contratación para determinar los criterios de adjudicación, siempre que tales criterios sean tendentes a la obtención de servicios de mejor relación calidad precio, guarden relación con el objeto del contrato, no conculquen la concurrencia y sean conformes a los principios de igualdad y proporcionalidad” y Resolución de este mismo tribunal 439/2019 de 25 de abril y en la Resolución 690/2022, de fecha 8 de junio, en la que se cita la anterior), así como el Informe 2/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, conforma al cual, corresponde al órgano de contratación determinar en cada contrato los criterios que considere más adecuados para seleccionar la mejor oferta con la limitación de que dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato y no a las características subjetivas de las empresas licitadoras.

Señala el informe que “El art. 145 LCSP, dedicado a los criterios de adjudicación, determina que “La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”, que se evaluará “con arreglo a criterios económicos y cualitativos”, pudiendo estos últimos incluir “aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6” de dicho artículo, por ejemplo en el caso que nos ocupa: la calidad, incluido el valor técnico, la accesibilidad, las características sociales con la finalidad de inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, formación en el trabajo, etc.

Asimismo, señala dicho artículo que “Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio [...]”. En este sentido, se ha aplicado más de un criterio de adjudicación en el presente contrato, de conformidad con dicho artículo, tratándose de servicios sociales y ser intensivo de mano de obra, por lo que “el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”.

En el presente Pliego se incluyen tanto criterios sujetos a juicio de valor como criterios automáticos, así como económicos y de calidad, esto es:

- 1) Oferta Económica (40 puntos): consistente en ofertar un porcentaje de baja, con dos decimales, a aplicar a todos los precios/hora IVA excluido que constituyen el tipo de licitación, aplicando la fórmula establecida en el Pliego, con las reglas que en el mismo se establecen.
- 2) Proyecto Técnico (30 puntos), dependiendo de un juicio de valor, desglosándose los ítems que se valoran así como estableciéndose un mínimo de puntuación de 15 puntos para continuar en el proceso selectivo.
- 3) Mejoras en las condiciones de accesibilidad (10 puntos): aportación de grúas y camas articuladas que excedan de lo exigido en el PPT, señalándose unas posibilidades de oferta cerradas y graduadas en puntuación.
- 4) Formalización de nuevos contratos con personas o colectivos con dificultades de accesos al mercado laboral (9 puntos), valorándose el incremento hasta el 90% sobre el mínimo del 10% establecido como condición especial de ejecución.
- 5) Mejora en los recursos humanos dedicados a la ejecución del contrato (6 puntos), valorándose la bajada de la ratio de horas semanales de atención de la figura del/a Terapeuta Ocupacional respecto al mínimo exigido en el PPT, señalándose con posibilidades de oferta cerradas y graduadas en puntuación.
- 6) Formación del personal adscrito a la ejecución del contrato (5 puntos), valorándose la formación adicional a lo exigido en el Convenio Colectivo del personal coordinador, en materia de accesibilidad en los sistemas de comunicación y atención a las personas beneficiarias del SAD que presenten diversidad funcional, señalándose con posibilidades de oferta cerradas y graduadas en puntuación.

También le es aplicable, en tanto contrato de servicios del Anexo IV de la LCSP, el mínimo del 51 % de criterios de calidad en la puntuación asignable en la valoración de las ofertas criterios relacionados con la calidad, refiriéndose en el presente contrato a los criterios 2, 3, 5 y 6 que totalizan los 51 puntos frente a los 30 del precio y los 9 de la contratación de colectivos.

Por último, de conformidad con el art. 146.2 LCSP, al utilizarse una pluralidad de criterios, se da *“preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”*.

Por tanto, puede deducirse que se da cumplimiento al art. 145.4 en tanto *“Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”*, elevándose su puntuación en este caso a 51 puntos de 100.

Así también se establecen entre los criterios de adjudicación mejoras, estando suficientemente especificadas y vinculadas al objeto del contrato, como se ha señalado (art. 145.7), ya que están fijadas *“de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”*, correspondiéndose con prestaciones adicionales a las establecidas en el PPT y sin que alteren la naturaleza de las prestaciones (este carácter de prestaciones adicionales al Pliego se destaca en la Resolución 719/2019, de 27 de junio, del Tribunal Central de Recursos Contractuales).

Es decir, para el establecimiento de los criterios de adjudicación se ha seguido la normativa contractual aplicable a este tipo de contratos, siendo de mayor importancia la puntuación referida a criterios de calidad (51 %), y quedando lo económico en menos de la mitad (40%), por lo que la afirmación de una de las recurrentes de que el criterio con mayor ponderación e importancia es el económico es cuando menos discutible, y así también con la afirmación que realiza en tanto que no se prime la calidad frente al precio (51 vs 40, más los 9 puntos de formalización de nuevos contratos con determinados colectivos).

En cualquier caso, la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato ya se determinó como *conditio sine qua non* en la Resolución 972/2018, de 26 de octubre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Ese mismo Tribunal, en su Resolución 750/2022, de 23 de junio de 2022, en el marco de un recurso especial en materia de contratación interpuesto por una de las actuales recurrentes – ASADE – contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación de la contratación de este mismo servicio de ayuda a domicilio por otra entidad local, argumentaba que *“con la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la mejor oferta, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato”*, lo que se podría traducir en que deben figurar en el pliego o anuncio de licitación y que, tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación de las ofertas, dichos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores, cuestiones ya dilucidadas en distintas sentencias del TJCE (EDJ 2001/50462, EDJ 2002/61297, EDJ 2003/16807, EDJ 1996/12235).

Concretamente, y sin que resulte necesario entrar a valorar la fórmula utilizada para la oferta económica en sí, en cuanto a la misma hay que tener en cuenta que se realiza una valoración lineal y proporcional, teniendo en cuenta que se tiene en consideración dicho umbral de posible anormalidad, lo que matiza su aplicación, así como no teniendo por qué corresponder a la mejor oferta el máximo de la puntuación directamente, como ocurría en fórmulas de anteriores pliegos.

Por otro lado, sin que igualmente resulte necesario e incluso procedente entrar a valorar los criterios de adjudicación de otras entidades locales a las que alude uno de los recurrentes, no obstante resulta significativo mencionar que aquellos Pliegos en los que el precio no es un criterio de adjudicación es debido a que el precio/hora de licitación que, en consecuencia, se establece como fijo, se hace por importe de 14,60 €/hora, es decir, al precio fijado por la Junta de Andalucía mediante Resolución de 25 de febrero de 2021 (BOJA 41 de 4 de marzo de 2021) de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisa el coste/hora máximo del servicio de ayuda a domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Precio, por cierto, bastante inferior al de licitación del contrato que nos ocupa”

La cuestión de la discrecionalidad del órgano de contratación para el establecimiento del objeto del contrato, las prescripciones técnicas, los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación, respetando la norma y los principios esenciales de la contratación pública, se analiza en nuestras Resoluciones 10/2019, 17/2018, 28/2019, 31/2019, 32/2019, 47/2019, 1/2022 o 3/2022, pudiendo resumirse en que es el órgano de contratación, el que conocedor de las necesidades a satisfacer, y conforme a éstas, ha de fijar el objeto del contrato, sus especificaciones técnicas, los requisitos de solvencia y adscripción de medios y los criterios de adjudicación a tener en cuenta a fin de obtener la mayor calidad del servicio y la más óptima satisfacción de las necesidades, siempre, eso sí, dentro del respeto a la normativa y principios de aplicación y sin incurrir en arbitrariedad.

Como señalábamos en la Resolución 3/22, aludiendo a la nº 28/2019, hemos de traer a colación la consolidada doctrina sobre la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de establecer los criterios de adjudicación que estime más adecuados, siempre que no sean contrarios a los principios de la contratación y estén vinculados al objeto del contrato. En este sentido nos manifestábamos igualmente en nuestras Resoluciones 8 y 10 de 2019, considerando, que de conformidad con la doctrina, los criterios de adjudicación “deben referirse a las características de la oferta, de la prestación, que aportan calidad a la oferta efectuada por el licitador, debiendo ser objetivos, estar

relacionados con la prestación del contrato y permitir determinar cuál de las ofertas presentadas es la más ventajosa e implica una mejor ejecución”, partiendo de la distinción (sentada tanto por los Tribunales en materia de contratación (Tribunal Central Resol. 187/2012, 220/2012235/2013, 71/2016, 262/2018, 698/2018, Tribunal administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resoluciones 187/2015, 263/2016, 75/2018) como por las Juntas y Órganos Consultivos y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) entre requisitos de solvencia de la empresa, que constituyen características, cualidades y circunstancias de la misma, han de ser proporcionados y existir en el momento de presentación de la oferta y criterios de adjudicación.

En su Resolución 235/2019, el Tribunal Central realiza un análisis pormenorizado de los requisitos que la normativa comunitaria, y por ende, la LCSP, vienen a exigir en esta materia, concretando en dos los aspectos a tener en cuenta para ello, a saber: 1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y 2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.
- d) Deben publicarse previamente.

Sobre estas bases, la citada Resolución, concluye considerando que “solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas. Con arreglo a la Directiva 2014/24, solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los basados en consideraciones sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), y que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.”

En ejercicio de sus competencias, el órgano de contratación ha establecido en los Pliegos (Cláusula 7), que el contrato se adjudicará mediante la valoración de los siguientes criterios:

1) **Oferta Económica** (40 puntos): consistente en ofertar un porcentaje de baja, con dos decimales, a aplicar a todos los precios/hora IVA excluido que constituyen el tipo de licitación, aplicando la fórmula establecida en el Pliego, con las reglas que en el mismo se establecen.

2) **Proyecto Técnico** (30 puntos), dependiendo de un juicio de valor, desglosándose los ítems que se valoran así como estableciéndose un mínimo de puntuación de 15 puntos para continuar en el proceso selectivo.

3) **Mejoras en las condiciones de accesibilidad** (10 puntos): aportación de grúas y camas articuladas que excedan de lo exigido en el PPT, señalándose unas posibilidades de oferta cerradas y graduadas en puntuación.

4) **Formalización de nuevos contratos con personas o colectivos con dificultades de accesos al mercado laboral** (9 puntos), valorándose el incremento hasta el 90% sobre el mínimo del 10% establecido como condición especial de ejecución.

5) **Mejora en los recursos humanos dedicados a la ejecución del contrato** (6 puntos), valorándose la bajada de la ratio de horas semanales de atención de la figura del/a Terapeuta Ocupacional respecto al mínimo exigido en el PPT, señalándose con posibilidades de oferta cerradas y graduadas en puntuación.

6) **Formación del personal adscrito a la ejecución del contrato** (5 puntos), valorándose la formación adicional a lo exigido en el Convenio Colectivo del personal coordinador, en materia de accesibilidad en los sistemas de comunicación y atención a las personas beneficiarias del SAD que presenten diversidad funcional, señalándose con posibilidades de oferta cerradas y graduadas en puntuación.

De la lectura de los Pliegos y la descripción de tales criterios y su puntuación, puede extraerse que:

- Se establece un criterio cuya valoración depende de un juicio de valor (Criterio nº 2) y cuatro criterios que son objeto de valoración automática. (Criterios 1, 3, 4, 5 y 6).

- El criterio que valora el aspecto económico puede alcanzar una puntuación máxima de 40 puntos.

- Los 60 puntos restantes corresponden a criterios cualitativos.

En el caso que nos ocupa, prima facie, el criterio en cuestión, cumple los requisitos de estar vinculados al objeto del contrato, ser específico y cuantificable objetivamente, respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y publicarse previamente.

A la vista de lo hasta aquí analizado y expuesto, conforme a los principios que rigen la contratación, la consideración y valoración de los criterios contenidos en los Pliegos, teniendo en cuenta que es a la Administración y no al licitador, a quien, como concedora de las necesidades a satisfacer corresponde la determinación del objeto, la solvencia, los medios necesarios a adscribir y los criterios de adjudicación, todo ello encaminado a la efectiva y mejor consecución de tales necesidades, partiendo del principio de discrecionalidad técnica, cuestión en la que este tribunal no puede suplir el juicio técnico de la Administración, no apreciando error, incongruencia, criterios grotescamente desproporcionados, entendiéndose cumplidas las prescripciones que al respecto establece la LCSP, hemos de concluir la desestimación de las alegaciones planteadas, no procediendo la anulación de los Pliegos impugnados.

QUINTO.- Por lo que respecta a la existencia de omisiones y errores en los listados de personal afectado por la subrogación, alegado por CCOO, defiende el recurso que *“La omisión o error en esta cuestión, en cuanto no se encuentran incluidos o lo están incorrectamente todos los trabajadores y las trabajadoras de cada uno de los lotes y por tanto que forman parte del objeto de licitación y de la sucesión empresarial que la misma implica, supone motivo de impugnación del pliego y anexos, y en definitiva de nulidad de la licitación en los términos en que está planteada”*.

El órgano de contratación, por su parte, enfatiza que “en cuanto al listado de personal a subrogar con los datos suministrados, especialmente en lo referido a los Lotes 1 y 3, como ya se ha señalado en fundamentos anteriores, la obligación de la Administración se circunscribe a lo establecido en el art. 130 LCSP: *“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.”

Hasta tal punto corresponde al actual contratista facilitar dicha información que, según el apartado 4 del citado art. 130 establece que *“El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo”* y *“en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.”* (apartado 5).”

En este sentido, el informe trae a colación diversas Resoluciones (Resolución 255/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resoluciones 75/2013, 134/2013, 267/2013, 341/2013, 8/2014, 14/2014, 30/2014, 37/2014, 386/2014, 452/2014, 502/2014, 586/2014, 670/2014, 487/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, (Informes 31/1999 y 33/2002), en los que se contiene la doctrina conforme a la cual la obligación de subrogación no es impuesta o excluida por la voluntad del órgano de contratación en los pliegos, sino que vendrá determinada por lo que al respecto determine la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación y en las condiciones así establecidas, debiendo contener los pliegos esta obligación a efectos meramente informativos, habiéndose resuelto, incluso, que *“La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de*

contrastarla’, pues “La obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del citado personal deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el órgano de contratación”

Señala así el informe que “Los cambios que se realizan en la estructura de los lotes que conforman la licitación reconoce uno de los propios recurrentes que no supondría mayor problema ni un incumplimiento normativo susceptible de revisión, señalándose errores en los listados de personal a subrogar suministrados, cuestión que, como se ha señalado, además de haberse ido corrigiendo con publicaciones en la Plataforma de Contratación tras las preguntas realizadas en la misma, no es razón como se ha señalado que afecte a la obligación por Convenio de subrogación del personal”, concluyendo que “en el caso del presente expediente, puede comprobarse de la documentación contenida en el mismo que se solicitó por parte del Servicio tramitador la información a las empresas actualmente prestadoras del servicio, de conformidad con el art. 130 LCSP, incluyéndose en el Anexo I al PCAP, así como habiéndose procedido a la corrección de posibles errores en dichos listados, todo ello publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con las respuestas a todas las preguntas que respecto a este tema, entre otros, han realizado posibles licitadores y que, en muchas ocasiones, ha supuesto nuevos requerimientos a las empresas mencionadas para su posterior publicación en la mencionada Plataforma para general conocimiento.

Todo ello no debe considerarse un incumplimiento de dicho articulado, sino más bien una mayor transparencia al respecto con los posibles licitadores que pudieran concurrir a la licitación.”

Han sido varias y diversas las ocasiones en las que este Tribunal se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a la subrogación, (Resoluciones 1/2021, 23/2021,31/2020, 36/2021, 39/2021 y 47/2021), pudiendo resumirse nuestra doctrina en los siguientes puntos fundamentales:

1.- La obligación de subrogación no deriva de los Pliegos, sino que procederá cuando así venga impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. El suministro o inclusión en los Pliegos de información al respecto de los costes y condiciones de los contratos y personal que viene efectuando la prestación del objeto del contrato, no prejuzga la existencia y alcance de la obligación de subrogación. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130, la obligación de la Administración se circunscribe a informar de los costes, con un objetivo fundamental, cual es garantizar que todos los licitadores puedan elaborar sus ofertas con conocimiento real de los costes que se deriven del servicio licitado y concurren a la adjudicación del mismo en igualdad de condiciones

En definitiva, será la normativa convencional o legal que regule las concretas relaciones laborales la que determine si existe o no obligación de subrogar a los trabajadores que se encuentren adscritos a la prestación de un determinado servicio, de manera que ni los pliegos, ni el anuncio pueden imponer “*ex novo*” la referida obligación, ni el hecho de que no la contemplasen daría lugar a que la misma no deba ser cumplida por el empresario contratista.

2.- Los pliegos no pueden exigir que se aplique un convenio colectivo determinado, sino que la cuestión del convenio colectivo aplicable a la relación entre la adjudicataria y los trabajadores viene determinado por la normativa laboral, sin que los pliegos pueden alterar el régimen del convenio colectivo que resulte de aplicación.

3.- La existencia de la obligación de subrogación, no condiciona el precio del nuevo contrato, pues a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que esté vinculado por contrataciones anteriores.

4.- Todas aquellas cuestiones que exceden del ámbito subjetivo u objetivo propio de los Pliegos, por afectar a terceros ajenos al vínculo contractual o por formar parte del status del trabajador, que imponen al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral, han de regirse por su normativa específica y de su cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social, por ser cuestiones ajenas a la contratación pública.

En consecuencia, pues:

.- No corresponde al órgano de contratación establecer o no la subrogación, ni determinar el Convenio a aplicar, circunscribiéndose su obligación al cumplimiento del mandato contenido en el art. 130.1, esto es: solicitar información al actual contratista y plasmar ésta en los Pliegos. La obligación de los pliegos, es únicamente informativa de las condiciones del personal que viene prestando el servicio, siendo la normativa convencional o legal que regule las concretas relaciones laborales la que determine si existe o no obligación de subrogar a los trabajadores que se encuentren adscritos a la prestación de un determinado servicio, de manera que ni los pliegos, ni el anuncio pueden imponer la referida obligación, ni el hecho de que no la contemplasen daría lugar a que la misma no deba ser cumplida por el empresario contratista.

.- No corresponde a los Tribunales encargados de la resolución de recursos en materia de contratación, resolver el Convenio a aplicar, ni la exigibilidad o no de la subrogación, por ser éstas cuestiones laborales que han de sustanciarse ante la jurisdicción laboral, circunscribiéndose la actuación revisora de estos tribunales a verificar el cumplimiento por los órganos de contratación de la obligación impuesta en el art. 130.1 antes transcrito.

En diversas resoluciones, desde el Tribunal se hecho un llamamiento a los órganos de Contratación a fin de que, ante la duda, y siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, para mayor claridad y acreditación de la obligación que les corresponde conforme al art. 130 de la LCSP, especifiquen en los Pliegos o en la documentación que lo acompaña, la información oportuna, indicando que el suministro de información en relación a la subrogación, lo es a los efectos de proporcionar el mejor conocimiento de costes, para el caso de que, por imposición de la normativa laboral de aplicación, resultara exigible la subrogación de personal.

En la Resolución 39/2021, efectuamos un análisis de la naturaleza, finalidad y contenido de la obligación de información que en esta materia corresponde al órgano de Contratación, a la luz de las previsiones contenidas en el art. 130 LCSP y la doctrina de los órganos administrativos, consultivos y judiciales al respecto, conforme a la cual, esta obligación se contempla en nuestro ordenamiento como una obligación de carácter formal, pero de obligado cumplimiento, habida cuenta de sus repercusiones.

Concluimos, así, que el debido cumplimiento de la obligación que al Órgano de Contratación corresponde, implica pedir la información y plasmar ésta en los Pliegos o documentación que los acompaña, incluido el hecho, en su caso, de que no se haya dado información por las salientes o se haya comunicado por éstas que no hay obligación de subrogación. Todo ello es lo que determinaría el correcto cumplimiento de la obligación que le corresponde, como presupuesto necesario para evitar, en palabras de la Junta Consultiva, “ *hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente*”, posibilitando, además, la exigencia, por parte de la Administración, de las responsabilidades que la propia Ley prevé para el contratista ante el incumplimiento de la obligación de proporcionarle información al órgano de contratación, imponiéndole las penalidades contempladas en el Pliego (Art. 130.4), así como su responsabilidad ante el nuevo contratista, que tendrá acción directa frente al saliente si producida la subrogación porque así procediere, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendan de la información facilitada a la Administración y puesta en conocimiento de los licitadores por parte de ésta.

Como viene señalando el Tribunal Central, la conclusión que cabe extraer de esta doctrina es que la existencia o no de una obligación de subrogación de los trabajadores se desarrolla en la esfera del derecho laboral y del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de una empresa, y que, en consecuencia, el pliego no aporta nada a dicha subrogación. Esta obligación será exigible o no, pero en ningún caso lo será porque lo imponga el pliego, sino porque se desprenda de la normativa laboral y de su interpretación. Por tanto, el órgano de contratación cumple con informar, bien sea en los pliegos, bien sea a través de una documentación complementaria, de las condiciones de los trabajadores que pudieran ser susceptibles de subrogación. El órgano de contratación no prejuzga si existe la mencionada obligación -cometido para el que carece de competencia-, sino que, simplemente, facilita a los licitadores todos los datos necesarios para que éstos puedan efectuar un cálculo de la oferta que estimen adecuada y, en caso de controversia, “ *de la misma manera que la existencia o no de un derecho de subrogación y el alcance del mismo es una cuestión laboral que no depende de la información contenida en los pliegos, las consecuencias de eventuales pronunciamientos judiciales o administrativos sobre la materia recaerán, en su caso, sobre el adjudicatario, y ello por disponerlo así la ley, y no porque lo establezca el órgano de contratación.*”

A su vez, para los casos en que la información publicada pudiera no resultar veraz y/o completa, establece que “ *no corresponde al órgano de contratación, ni a este Tribunal (ya que no corresponde al orden contencioso-administrativo, que revisa sus decisiones) hacer pronunciamientos sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación ni, por tanto, sobre la interpretación de los Convenios u otras normas laborales que pudieran ser de aplicación. Precisamente por ello el órgano de*

contratación ha de proceder con extrema cautela, toda vez que, si por un lado es claro que no le incumbe adoptar pronunciamientos propios de la Jurisdicción social (como son los relativos a si existe o no la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del anterior contratista), por otro debe proporcionar a todos los candidatos interesados una información sobre los eventuales costes laborales asociados a la prestación del servicio que, sin duda, es relevante a la hora de que aquéllos puedan decidir si concurren o no al procedimiento, y en qué términos deben formular sus ofertas. Así las cosas, el criterio de este Tribunal ha sido y es el de entender que, siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación de subrogación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 130 de la LCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria”.

En el caso que nos ocupa, como señala el órgano de contratación en su informe, consta en el expediente la solicitud de información a las empresas prestadoras del servicio, la publicación de la información, y la posterior corrección de errores, así como otras publicaciones, en respuesta, según el informe, a preguntas que respecto a este tema, han realizado posibles licitadores y que, en muchas ocasiones, ha supuesto nuevos requerimientos a las empresas mencionadas para su posterior publicación en la mencionada Plataforma para general conocimiento. Concretamente, observamos las siguientes publicaciones, amén del Anexo I corregido, publicado el 10/10/2022, en el que se contiene el listado de personal:

Publicación en plataforma	Documento
07/10/2022 12:09:39	Rectificación de Anuncio de Licitación
10/10/2022 09:21:27	Rectificación de Pliego
04/10/2022 09:18:42	Pliego
Otros Documentos	
Publicación en plataforma	Documento
30/09/2022 15:07:22	Acuerdo de iniciación del expediente
30/09/2022 15:08:20	Informe de insuficiencia de medios
30/09/2022 15:09:13	PERSONAL A SUBROGAR LOTE 1
30/09/2022 15:13:10	PERSONAL A SUBROGAR LOTE 2
30/09/2022 15:13:36	PERSONAL A SUBROGAR LOTE 3
30/09/2022 15:14:02	PERSONAL A SUBROGAR LOTE 4
07/10/2022 08:49:33	ANEXOS CORREGIDOS CON PERSONAL A SUBROGAR
07/10/2022 08:52:55	DILIGENCIA CORRECCIÓN ANEXOS
18/10/2022 09:39:24	LISTADO IMPORTES AD PERSON LOTE 1
18/10/2022 09:41:59	LITIGIOS EMPRESA CLECE
18/10/2022 09:59:18	LISTADO PERSONAL LOTE 1 CON JORNADA
24/10/2022 09:42:36	LISTADO IMPORTES AD PERSON LOTE 3
27/10/2022 09:44:18	listado personal lote 1 último
28/10/2022 13:46:36	ANUNCIO INTERPOSICIÓN RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACION
08/11/2022 09:07:25	rRESOLUCION TARCAS ACUMULACION RECURSOS
09/11/2022 13:03:08	RESOLUCION TARCAS NO SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En el presente caso se alega que, en lo que respecta a los Lotes 1 y 3, la relación de personal es errónea e incompleta, contraviniendo la normativa de aplicación respecto de la subrogación, pudiendo acarrear graves perjuicios laborales para los afectados y concluyendo que la omisión o error en esta cuestión supone motivo de impugnación del Pliego y Anexos y nulidad de la licitación.

Partiendo de la doctrina expuesta, debemos recordar en este punto que, de conformidad con el artículo 130.5 de la LCSP, *“En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”* y que el órgano de contratación cumple con informar, bien sea en los pliegos, bien sea a través de una documentación complementaria, de las condiciones de los trabajadores que pudieran ser susceptibles de subrogación.

El pronunciamiento de este Tribunal debe contraerse a la legalidad de los Pliegos impugnados, y sobre éstos no cabe reproche jurídico alguno en el ámbito de las competencias propias del Tribunal. La unidad tramitadora, como del expediente de contratación se desprende, ha actuado con diligencia, requiriendo a los contratistas actuales la información correspondiente y publicando ésta, procediendo a su corrección y ampliación a medida que la ha recibido.

El debido cumplimiento de la obligación que al Órgano de Contratación corresponde, como concluíamos en nuestra Resolución 39/2021, implica pedir la información y plasmar ésta en los Pliegos o documentación que los acompaña, incluido el hecho, en su caso, de que no se haya dado información por las salientes o se haya comunicado por éstas que no hay obligación de subrogación. Todo ello es lo que determinaría el correcto cumplimiento de la obligación que al órgano de contratación corresponde, como presupuesto necesario para evitar, en palabras de la Junta Consultiva, *“hacerse responsable de las posibles consecuencias perniciosas que al nuevo contratista puedan afectar por causa de la conducta lesiva del contratista saliente”*, posibilitando, además, la exigencia, por parte de la Administración, de las responsabilidades que la propia Ley prevé para el contratista ante el incumplimiento de la obligación de proporcionarle información al órgano de contratación, imponiéndole las penalidades contempladas en el Pliego (Art. 130.4), así como su responsabilidad ante el nuevo contratista, que tendrá acción directa frente al saliente si producida la subrogación porque así procediere, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendan de la información facilitada a la Administración y puesta en conocimiento de los licitadores por parte de ésta.

En cualquier caso, la subrogación quedará condicionada a lo que establezca el convenio colectivo aplicable a cada uno de los trabajadores. Como antes dijimos, esta última cuestión excede de la competencia de este Tribunal, y debe ser analizada por los órganos competentes para ello. Por lo que respecta al alcance de nuestra competencia y por los motivos expuestos, debemos concluir que no concurre el motivo de nulidad alegado.

A la vista de lo analizado, se concluye la improcedencia de estimar el *petitum* de anulación de los Pliegos y del procedimiento de contratación, solicitada en los recursos interpuestos.

Conforme a los preceptos de aplicación y la fundamentación contenida en la presente, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE) y COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA (CCOO-A), contra los Pliegos que rigen la contratación del “SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA”, Expte. 2022/000421, tramitado por el Servicio de Administración de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

TERCERO.- 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 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso – administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.