Recurso 292/2022
Resolución 420/2022
Sección Segunda

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

Sevilla, 26 de agosto de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SLR SUCCIÓN Y LIMPIEZA DE RESIDUOS, S.L.,** contra el anuncio de licitación, los pliegos y demás documentación contractual que rigen el contrato denominado «Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos domésticos de competencia municipal» (Expediente 10801/2022) promovido por el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande (Málaga) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 y 13 de julio de 2022, se publicó respectivamente en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. El 11 de julio de 2022 se publicaron en la referida Plataforma los pliegos, quedando a disposición de los interesados desde dicha fecha. El valor estimado de la contratación asciende a 7.572.521,19 euros.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

SEGUNDO. El 21 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SLR SUCCIÓN Y LIMPIEZA DE RESIDUOS, S.L.,** contra el anuncio de licitación, los pliegos y demás documentos contractuales que rigen la contratación mencionada. La entidad recurrente solicitaba, asimismo, la suspensión del procedimiento.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue recibida en este Tribunal, previa solicitud del listado de licitadores una vez concluido el plazo de presentación de proposiciones, con fecha 10 de agosto de 2022.

El 28 de julio de 2022 el Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente, que, sin embargo, no afectaba al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por las interesadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.4 de la LCSP.

La Secretaria del Tribunal confirió trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles, habiéndose presentado las formuladas por la entidad ECO ACTRINS, S.L.U., previo trámite de vista del expediente, con fecha 25 de agosto de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande ha manifestado que no dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, que aparece planteada en términos hipotéticos, indicando en su escrito que, con independencia de que formule oferta con posterioridad a la interposición del recurso especial o en el supuesto de que no la plantee, se le produciría indefensión de no admitirse su legitimación dado que, en función de la delimitación y configuración del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato llevada a cabo en los pliegos, se le estaría impidiendo la presentación de una oferta ajustada tanto a los pliegos como a derecho.

En este sentido, recordemos que el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones, invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, y habiéndose comprobado que la recurrente no ha presentado oferta los motivos en que se sustenta el recurso denuncian el incumplimiento de los preceptos legales referidos a la determinación del presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato por no haberse tenido en cuenta los costes salariales laborales y sociales vigentes y de aplicación al presente contrato a la fecha de elaboración de los pliegos y de aprobación del expediente de contratación, lo que a juicio de la recurrente le impide el acceso a la licitación por lo que este hecho conduciría en un principio, a este Tribunal a considerar que la recurrente justifica su legitimación.

Sin embargo, procede indicar que la entidad interesada en su escrito de alegaciones argumenta que la recurrente no tiene legitimación, por las siguientes razones:
- Porque a su juicio la recurrente carece de solvencia económica y financiera y técnica o profesional para resultar adjudicataria del contrato.

- Porque el último depósito de cuentas anuales que ha realizado es el correspondiente al ejercicio 2019, por lo que no podría acreditar el cumplimiento del requisito establecido en la cláusula 3.1. del pliego de cláusulas administrativas particulares relativo a la presentación de las citadas cuentas anuales.
- Ya que su CNAE es el 3700, relativo a la recogida y tratamiento de aguas residuales y no la de gestión de residuos, por lo que considera difícil que pueda acreditar la habilitación empresarial o profesional requerida también por los Pliegos y porque de acuerdo con la información facilitada por la Consejería competente en la materia la recurrente no figura como centro gestor de residuos no peligrosos. Aporta una captura de pantalla de un buscador de la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul alegando que la recurrente no figura la misma como gestor de tratamiento de residuos no peligrosos ni como centro gestor de residuos no peligrosos.

Pues bien, con relación a lo anterior, se ha de indicar que excede de las competencias de este Órgano el análisis de la solvencia de una entidad según lo exigido en los pliegos que rigen una licitación con la finalidad de reconocerle legitimación a efectos de la interposición del recurso, quedando circunscrita esta cuestión a la posibilidad de que pueda participar en la misma, en términos amplios, atendiendo a su objeto social.

Sobre la cuestión relativa a la habilitación profesional del licitador, en el anuncio de la licitación se indica lo siguiente: *«Titulos habilitantes: GESTORES AUTORIZADOS DE RESIDUOS NO PELIGROSOS y que están inscritos en el Registro de Gestores de residuos no peligrosos como "Recogedor y Transportista", así como presentar el correspondiente número de gestor autorizado (nº GRU) y código LER de los residuos autorizados».* En concreto, tras analizar las alegaciones formuladas por la entidad interesada se comprueba que al realizar una búsqueda en el «*buscador público de instalaciones gestoras/productoras de residuos*» atendiendo al número de identificación fiscal de la recurrente la misma aparece, con un total de 38 registros -en los que consta como negociante/transportista de residuos no peligrosos-, por lo que a falta de mayor concreción en el escrito de recurso sobre esta cuestión, lo anterior, hace decaer la falta de legitimación alegada por la entidad interesada por las causas argumentadas.

En definitiva, queda, pues, acreditado el interés legítimo que ostenta la recurrente para impugnar los pliegos rectores de la presente contratación, pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible

El objeto de la presente impugnación son los pliegos que rigen un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 de la LCSP establece en su apartado b) que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
(...)
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando

no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en la plataforma de contratación del Sector Público el día 10 de julio de 2022 y el día 11 de julio, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 21 de julio de 2022 en el registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita que se declare la nulidad del pliego de clausulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), del pliego de prescripciones técnicas (PPT) y del estudio económico, o, subsidiariamente, que se acuerde la retroacción de actuaciones al momento de elaboración de los pliegos a efectos de la toma en consideración en los mismos de un presupuesto base de licitación y de un valor estimado del contrato calculado con observancia de la normativa de aplicación.

El recurso pone de manifiesto, en síntesis, que los pliegos han sido elaborados y aprobados en el seno de un contrato administrativo donde el importe de los costes salariales y sociales es un elemento preponderante sin que en la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato se hayan tenido en cuenta los costes salariales vigentes en el momento de su preparación, no pudiendo ser subsanada tal anomalía con la revisión de precios prevista en los pliegos.

En efecto, la recurrente denuncia -con relación al estudio económico del coste de explotación del servicio y en concreto, en el apartado gastos de explotación, y subapartado A- Medios humanos- el incorrecto cálculo del presupuesto base de licitación, del valor estimado del contrato y, por consiguiente, del precio del contrato efectuado por el técnico de la Administración al aplicar las tablas salariales recogidas en el anexo I del convenio colectivo de empresa Urbaser, Sociedad Anónima, para el personal adscrito a las contratas de limpieza viaria, recogida de residuos sólidos urbanos de Mijas y Alhaurín el Grande, (BOP MÁLAGA de 4 de mayo de 2021, numero 83, pagina 92 y ss.) en lugar de las tablas salariales recogidas en el anexo II del citado convenio, lo que ha determinado que las magnitudes presupuestarias de la contratación incurran en infracción de los preceptos legales de aplicación, y por ende, en un vicio invalidatorio del contrato.

En este sentido, efectúa un cálculo alternativo del coste de personal aplicando las tablas salariales recogidas en el anexo II y empleando la misma estructura seguida por el técnico, lo que, con los datos que aporta, arroja una diferencia anual de 115.890,32 euros en costes de personal no contemplados en la documentación contractual. Ello supone un importe definitivo de 1.158.903,20 euros durante el periodo de ejecución del contrato -diez años- cantidad que, a juicio de la recurrente, se debe incrementar el presupuesto base de licitación (más la parte proporcional de IVA) así como la magnitud actualmente prevista para el valor estimado del contrato.

La recurrente expone a continuación las cuestiones fundamentales dimanantes de la infracción apreciada en el PCAP, PPT y estudio económico en cuanto se refiere a la determinación del presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato por incumplimiento de los preceptos legales que invoca, a saber, 100.2; 101.2 y 102.3 de la LCSP al no haberse tenido en cuenta los costes salariales laborales y sociales vigentes y de aplicación al presente

contrato a fecha de elaboración de los pliegos y de aprobación del expediente de contratación, dando ello como resultado un presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato contrarios a la normativa de aplicación.

Como premisa previa, y antes de entrar en el desarrollo argumentativo de las cuestiones planteadas, la recurrente expone la relevancia del coste laboral de los contratos de servicios en la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, tras el cambio de paradigma que se ha producido en la LCSP y trae a colación Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre esta cuestión que inciden en la vinculación de los costes laborales que cobran un mayor protagonismo en los contratos de servicios, en los que aquellos suelen representar la partida principal del gasto.

De ahí que considere que el requisito para procurar la adecuación del precio del contrato para el efectivo cumplimiento del mismo -como exige el artículo 102.3, párrafo segundo, de la LCSP- mediante la consideración de los términos de los convenios sectoriales nacionales, autonómicos, provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios, es que se trate de servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales. Y con fundamento en lo expuesto, concluye que en un contrato de servicios, en el que el coste de la mano de obra es determinante -como ocurre en el presente caso en el que el coste puede representar aproximadamente un 50 %- en la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato deben tenerse en cuenta inexorablemente los costes laborales sociales, medio ambientales, además de los gastos generales y el beneficio industrial, etc., circunstancia que -denuncia- no ha sido tomada en consideración por el órgano de contratación.

Por otra parte, respecto al personal a subrogar, la recurrente incide en que es el artículo 130 de la LCSP el que determina la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, debiendo el órgano de contratación informar del personal con derecho a la subrogación y los costes laborales del mismo.

Por razones de sistemática en la exposición, vamos a indicar a continuación las diferentes cuestiones planteadas por la recurrente.

1.- Sobre la necesaria subrogación del personal que actualmente presta el servicio.

En el recurso se alega que, a la vista del ámbito territorial y funcional, está vigente el convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado aprobado por Resolución de 17 de julio de 2013 de la Dirección General de Empleo (BOE núm 181 de 30/07/2013) cuyo artículo 50 indica que operará la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de la entidad prestataria del servicio en cualquier actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio. Por lo tanto, y siendo procedente la subrogación por mandato del convenio colectivo sectorial, ha de cumplirse la obligación de información establecida en el artículo 130 de la LCSP.

2.- Sobre el convenio de empresa de Urbaser, S.A.

La recurrente justifica que dicho convenio ha sido el utilizado para la determinación del presupuesto del contrato, invocando los artículos 82.1, 83.1 y 84.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), precepto este último que establece que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en una serie de materias, entre las cuales se encuentran las relativas a la cuantía del salario base y los complementos salariales.

En relación con la singularidad del establecimiento en el convenio de Urbaser de distintas fechas o periodos de aplicación, no aprecia ilegalidad al amparo del artículo 86 ET que establece que «*corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio».*

3.- Sobre la incidencia de los convenios sobre los contratos del sector público.

La recurrente señala que, en principio, y de una lectura de los artículos 100 y 101 LCSP se desprende que para la ponderación y cálculo de los costes laborales a tener en cuenta para la determinación del presupuesto de licitación, valor estimado y presupuesto del contrato, han de aplicarse los convenios sectoriales, como ha refrendado la doctrina de los órganos administrativos de recursos contractuales que expresamente invoca.

En el recurso, sin embargo, se defiende la aplicación, no del convenio sectorial de aplicación que sería el convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado aprobado por Resolución de 17 de julio de 2013 de la Dirección General de Empleo, sino del convenio de empresa de Urbaser S.A. Ello encuentra respaldo jurídico, a juicio de la recurrente, no solo porque el convenio sectorial no establece tablas salariales ni su actualización, estableciendo el artículo 30 que «*los convenios de ámbito inferior a éste establecerán dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación la estructura de las percepciones económicas»* sino por el contenido del Acuerdo de la comisión paritaria del citado convenio colectivo de fecha 13/04/2018, Resolución de 9 de mayo de 2018 de la Dirección General de Empleo (BOE núm. 123 de 21 de mayo de 2018) que acordó de manera expresa que el texto del convenio general del sector deba interpretarse en el sentido de entender como pactado dentro del mismo que las percepciones económicas a percibir por los trabajadores sean aquellas que establezcan los convenios colectivos de ámbito inferior que sean de aplicación en cada una de las contratas.

Del mismo modo trae a colación la posición consolidada en relación a que la variación de los convenios, a lo largo de la ejecución de un contrato no altera el mismo, no debiendo el órgano de contratación modificar las condiciones establecidas, representando la modificación de los costes laborales derivados de la firma de un nuevo convenio aplicable, un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación contractual.

4.- Sobre la aplicación de las tablas salariales del anexo II del convenio de Urbaser S.A respecto de la toma en consideración de los incrementos salariales a futuro.

La recurrente considera que resulta clara e inequívoca la legitimidad y obligación de tener en consideración las tablas del anexo II y no las del anexo I a la hora de determinar las magnitudes económicas del expediente, con fundamento en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expediente 35/2019) que viene a decir que en el cálculo del precio del contrato y de su presupuesto anual, así como a la hora de determinar el valor estimado del mismo, se debe tener en cuenta el impacto derivado de los incrementos salariales previstos o que se prevean en el convenio colectivo de aplicación para todo el período de duración del contrato, incluidas sus prórrogas.

5.-Obligatoria aplicación del convenio de Urbaser, SA tanto en la ejecución del contrato como en la elaboración de las ofertas de los licitadores.

Considera que el referido convenio es el de aplicación, y ello en virtud de la obligación del empresario, legal y contractual, de cumplir todas y cada una de sus obligaciones laborales y sociales- entre las que se puede señalar

el abono de las tablas salariales conforme al convenio de empresa- y porque una interpretación sistemática de los preceptos de la LCSP permite inferir que el convenio de aplicación a tener en cuenta a la hora de formular las correspondientes ofertas es el convenio de empresa, so pena de incurrir en una oferta anormal y desproporcionada. En apoyo de su tesis, invoca la Resolución 1464/2019, de 19 de diciembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En síntesis, concluye (i) que el convenio colectivo de Urbaser S.A tiene eficacia y validez de conformidad con la normativa laboral, (ii) que la obligación de subrogación del personal está establecida en el convenio nacional lo que provoca la obligación de información contenida en el artículo 130 de la LCSP (iii) que las previsiones económicas contenidas en el citado convenio, por remisión expresa del sectorial, deben tenerse en cuenta a la hora de la determinación del presupuesto base de licitación, el valor estimado del contrato y el precio del mismo (iiii) que, siendo de aplicación el referido convenio y en virtud de la libertad de las partes para establecer las fechas de vigencia de lo pactado, las tablas salariales que deben tenerse en cuenta para la elaboración de los pliegos han de ser las correspondientes al anexo II.

De ello infiere la invalidez del contrato ya que ni el presupuesto base de licitación ni el valor estimado del contrato son ajustados a derecho, al no haberse tomado en consideración los costes laborales, ni otras partidas relevantes como los gastos generales y el beneficio industrial, de donde resulta que el presupuesto es insuficiente y vulnera las normas de derecho positivo, invocando la causa de nulidad contemplada en el artículo 39.2 b) LCSP po carencia o insuficiencia de crédito.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe delimita la cuestión controvertida a la debida aplicación o no de las tablas salariales recogidas en el anexo I del convenio de empresa de Urbaser, S.A publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 4 de mayo de 2021 entre la citada empresa y el personal adscrito a las contratas de limpieza viaria, recogida de residuos sólidos urbanos de Mijas y Alhaurín el Grande. Asimismo, defiende el cálculo del presupuesto base de licitación y del valor estimado efectuado con arreglo a las tablas salariales del anexo I al considerar que no cabe contemplar en el estudio económico para el cálculo del coste de la mano de obra, los incrementos futuros de los salarios de los trabajadores subrogados, pues el incremento de los costes salariales es un riesgo propio de los contratos de servicios a cargo del empresario.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Afirma que en el recurso se ha realizado una valoración superficial de forma precipitada y apriorística del contenido de los pliegos, sin tener en consideración el redactado de los mismos.

A su juicio, en síntesis, la cuestión se centra exclusivamente en el convenio colectivo que se ha de aplicar de acuerdo con la legalidad y, en concreto, a la aplicación de la tabla salarial II establecida en el mismo a partir del momento en que entre en vigor el nuevo contrato, defendiendo, pura y simplemente la obligación de cumplir con lo que ha de considerarse como ley entre las partes firmantes del convenio.

Afirma, que el recurso, sin perjuicio de que se centra en la necesidad de que se cumpla la legalidad vigente en cuanto a la aplicación del convenio colectivo de 2018, analiza única y exclusivamente una de las partes del presupuesto, relativa a los costes salariales, sin tener cuenta ni valorar que éstos representan, aproximadamente un 50% de dicho presupuesto, lo cual le lleva a conclusiones totalmente erróneas y parciales al obviar el resto de

los costes de la prestación del servicio, así como que las ofertas han de realizarse de forma que no sobrepasen el presupuesto base de licitación, en tanto que límite máximo del gasto que puede comprometerse. Argumenta, que el análisis parcial y contradictorio de los pliegos es lo que confunde a la parte recurrente. A su juicio, las elucubraciones que realiza parten erróneamente de la diferencia entre los costes salariales del contrato actual con los del contrato que surja de la licitación que se tramita. Manifiesta, que esta idea no tiene base alguna, ya que esta claro cual es el convenio colectivo aplicable, el referido en la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas. Concluye afirmando que el resto de las alegaciones no son sino consecuencia de aplicar esta legalidad defendida por la recurrente, realizando prospecciones y cálculos que no tienen sentido a la vista de lo establecido en los Pliegos.

En definitiva, solicita que el recurso sea inadmitido o desestimado.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de los motivos en que se sustenta el recurso. Con carácter previo, conviene advertir que, a pesar de la prolijidad del escrito, dos son las cuestiones nucleares que se plantean y que se circunscriben a la incorrecta determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, al no haber tenido en cuenta los costes salariales vigentes en el momento de su preparación, por los motivos que abordamos, de manera separada, a continuación.

1. Sobre la correcta aplicación de las tablas salariales previstas en el anexo I del convenio de empresa de Urbaser S.A aplicado para la determinación del presupuesto base de licitación.

El examen de la cuestión a resolver consiste básicamente en dilucidar cuál de los dos anexos salariales recogidos en el convenio de empresa de Urbaser, S.A publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga de fecha 4 de mayo de 2021 es el que debe aplicarse para la elaboración de los pliegos, y la correlativa determinación del presupuesto base de licitación, a saber, si el anexo I que es el que se ha tomado en consideración, o el anexo II que contiene unas retribuciones salariales a aplicar para el segundo periodo de vigencia del convenio según lo establecido en el artículo 21 del referido convenio.

Lo primero que hay que indicar es que no es cuestión controvertida entre las partes –sin perjuicio de lo que se indicará por este Tribunal- la consideración del convenio de empresa de Urbaser S.A como convenio de aplicación, a los efectos de la determinación de los costes laborales para el cálculo del presupuesto base de licitación y valor estimado de la presente contratación de conformidad con lo previsto en los artículos 100.2 y 101.2 LCSP.

La recurrente no cuestiona, por tanto, la aplicación del convenio de empresa de Urbaser sino las tablas salariales que se han aplicado, en concreto, las del anexo I que considera que no resultan vigentes en el momento de elaboración de los pliegos, centrando el objeto de la controversia, por tanto, en que no se hayan tenido en cuenta los costes salariales vigentes en el momento de su preparación, lo que arroja una diferencia en los costes de personal que cifra en 115.890, 32 euros menos según el cálculo que efectúa en las tablas que se insertan en el recurso, empleando la misma metodología que el técnico de la Administración. Por otra parte, considera que tal “anomalía” no puede ser subsanada con la revisión de precios prevista en el pliego.

Pues bien, sobre la cuestión que nos concierne, este Tribunal, en la Resolución 237/2020, de 9 de julio, al examinar la impugnación de unos pliegos por haber utilizado en la determinación del presupuesto base de licitación las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación correspondientes al año 2018, que no resultan

vigentes en el momento de publicación del anuncio de licitación, fijaba el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para efectuar el cálculo del valor estimado y del presupuesto base de licitación, y que, conforme a lo razonado en aquélla, ha de ser el referido al momento del envío del anuncio o en caso de que no se requiera tal anuncio, al momento de inicio del procedimiento de adjudicación. Así, en la citada Resolución se afirmaba lo siguiente:

"*En lo que aquí interesa, conforme a los artículos 100.2, 101.7 y 102.3 de la LCSP, la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (v.g.,entre otras, 8 Resoluciones 93/2019, de 28 marzo, 381/2019, de 14 de noviembre, 400/2019, de 28 de noviembre y 50/2020, de 14 de febrero, de este Tribunal).*

En este sentido, el citado artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.".

En el supuesto examinado, el momento temporal que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto de licitación es el de la publicación del anuncio de licitación el 10 de julio de 2022, por lo que resta por determinar, a partir de dicha premisa, la tabla salarial que estaba vigente en ese momento conforme a lo establecido en el convenio.

Así, el artículo 21 del convenio publicado el 4 de mayo de 2021 en el Boletín Oficial de la provincia de Málaga establece lo siguiente:

« *Artículo 21. Retribuciones(*)*

a) PARA EL PRIMER PERIODO DE VIGENCIA SEGÚN DISPOSICIÓN TRANSITORIA
Serán de aplicación las retribuciones especificadas para el primer período de vigencia en los artículos siguientes y tabla salarial anexa (anexo I)
b) PARA EL SEGUNDO PERIODO DE VIGENCIA SEGÚN DISPOSICIÓN TRANSITORIA
Serán de aplicación las retribuciones especificadas para el segundo período de vigencia en los artículos siguientes y tabla salarial anexa (anexo II)

Dichas retribuciones entrarán en vigor en la fecha de inicio efectivo el nuevo/s servicio/s correspondientes al siguiente contrato/s administrativo que se adjudique/n desde la citada fecha y sin efecto retroactivo alguno y hasta el 31 de diciembre del año en que entraran en vigor.
Para cada uno de los tres años siguientes se aplicará un incremento salarial igual al IPC»

Por su parte, la disposición transitoria del convenio establece los siguientes períodos:

«*Se establece una progresión económica y de las condiciones de trabajo de carácter paulatino, articulado en dos períodos, según las siguientes condiciones, términos y plazos.*

A) Primer período
Desde el 1 de enero de 2018 se mantendrán la totalidad de condiciones y términos del anterior convenio colectivo, que se mantendrán vigentes con carácter transitorio hasta el inicio y puesta en marcha efectiva de cada uno de los siguientes contratos administrativos, afectados por el ámbito funcional y territorial del convenio colectivo (servicios

de limpieza viaria y recogida de RSU de Mijas y Alhaurín el Grande) que se liciten y adjudiquen para la prestación de los nuevos contratos de servicios señalados.

B) Segundo periodo
Desde la fecha de inicio efectivo de cada uno de los servicios correspondientes a cada uno de los siguiente contrato/s administrativo señalados anteriormente que se adjudique/n y sin efecto retroactivo alguno, serán de aplicación las nuevas condiciones de jornada y salariales que se señalan en especifican a lo largo del texto. (sic)

Dichas nuevas condiciones se extenderán hasta el 31 de diciembre del año en que entrarán en vigor.
Para cada uno de los tres siguientes años se aplicará un incremento salarial igual al IPC del año anterior.
*C) Sistemática(*)*

Al objeto de una mayor comprensión de las condiciones de aplicación en cada uno de los periodos de vigencia, en cada artículo o apartado afectado, se especifican las mismas, según periodo de vigencia, advirtiendo con un asterisco en el enunciado(*)
En aquellos artículos en que no se especifique nada, la regulación y redacción permanecerá invariable en ambos períodos»

Pues bien, de la redacción de los preceptos transcrita, se infiere que para el primer periodo de vigencia, que comprende desde el 1 de enero de 2018 hasta el inicio y puesta en marcha efectiva de los siguientes contratos administrativos que se liciten, serán de aplicación las retribuciones especificadas en la tabla salarial comprendida en el anexo I, según lo que indica el artículo 21 del convenio que ha sido aplicado. Y que las tablas salariales del anexo II cuya aplicación reclama la recurrente, serán de aplicación para el segundo período de vigencia y entrarán en vigor en la fecha de inicio efectivo del nuevo servicio, esto es, una vez que se adjudique el contrato, desde la citada fecha y sin efecto retroactivo alguno, según se indica en la disposición transitoria del convenio.

Por tanto, con fundamento en la doctrina antes expuesta, y atendiendo al criterio temporal que ha de tenerse en cuenta para efectuar el cálculo del valor estimado y del presupuesto base de licitación, en el supuesto que nos ocupa, este Tribunal considera que es correcta la aplicación de la tabla salarial establecida en el anexo I, contemplada en el estudio económico del contrato, y en los pliegos impugnados, debiendo desestimarse, por tanto, por tanto, el motivo alegado.

No obstante, a mayor abundamiento, y aun cuando el principio de congruencia al que está vinculado este Tribunal nos impide analizar la conformidad o no a derecho de la aplicación del convenio de empresa de Urbaser S.A en lugar del convenio sectorial de aplicación, como así ha sucedido, -al no haber sido dicha cuestión objeto de controversia *stricto sensu,* entre las partes- no obstante, y sin prejuzgar dicha corrección, insistimos, advertimos a efectos de su toma en consideración, en su caso, por el órgano de contratación que la aplicación de un convenio de ámbito inferior, como el de empresa, puede entrar en colisión con las previsiones de la LCSP que hacen referencia a los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

2. Sobre la necesaria subrogación del personal que actualmente presta el servicio.

La recurrente pone de manifiesto que, por aplicación de la Resolución de 17 de julio de 2013 de la Dirección General de Empleo por la que se registra y publica el convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (BOE núm. 181 de 30/07/2013), y en concreto de lo dispuesto en el artículo 50 del referido convenio operará la

subrogación de personal lo que provoca, a su juicio, las obligaciones de información establecidas en el artículo 130 de la LCSP. En conclusiones, la recurrente insiste en que la obligación de subrogación del personal está establecida en el convenio nacional lo que provoca la obligación de información contenida en el referido artículo.

Pues bien, sobre la cuestión relativa a la necesaria subrogación del personal que actualmente presta el servicio, como pretende la recurrente, nos hemos pronunciado recientemente en la Resolución 378/2022, de 20 de julio en la que se invoca la doctrina de este Tribunal sobre tal cuestión. En aquella nos manifestamos en los siguientes términos:

> «*La controversia suscitada se circunscribe a resolver, en concreto, si en el Anexo VII del PPT -en el que figura la relación de trabajadores a subrogar en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP- ha de incluirse la totalidad del personal adscrito actualmente al servicio de jardinería, esto es, trece trabajadores según la información facilitada al órgano de contratación por la empresa actualmente contratista, en lugar de los nueve trabajadores que figuran en la relación que contempla el mencionado anexo del pliego.*
>
> *El recurrente, en definitiva, solicita la inclusión en los documentos que rigen la licitación, en concreto, en el anexo VII de la subrogación obligatoria de todo el personal adscrito al servicio de jardinería en la actualidad. El tenor literal de la pretensión que ejercita no deja lugar a dudas, al solicitar de este Tribunal «que, previa la tramitación correspondiente, lo resuelva en sentido estimatorio, retrotrayendo asimismo, el procedimiento, al momento anterior a la aprobación de los pliegos y especialmente a su Anexo VII, con la intención de que se contemple la realidad del personal adscrito actualmente al Servicio de Jardinería, y que permitan tanto a las empresas licitadoras conocer la realidad del servicio así como el coste real que puede acarrear el personal adscrito al servicio, acordándose, además, que durante la tramitación de este recurso se proceda a la suspensión del procedimiento de contratación».*
>
> *Pues bien, sobre la cuestión que se plantea nos hemos pronunciado con anterioridad en la Resolución 442/2021, de 5 de noviembre de 2021, en la que se invoca doctrina de este Tribunal, así como en la Resolución 537/2021 de 10 de diciembre. En el supuesto analizado por la primera de ellas se dilucidaba si los pliegos podían imponer la subrogación laboral de los trabajadores adscritos a la concesión. En la citada Resolución nos manifestábamos en los siguientes términos:*
>
> *«Para resolver la cuestión suscitada, hemos de partir de la doctrina sobre el particular sentada por este Tribunal y el resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Así, en nuestra Resolución 211/2018, de 6 de julio, señalábamos que "Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que los pliegos regulan las relaciones de las entidades licitadoras, y a la postre adjudicatarias, con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores y trabajadoras; los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y la entidad adjudicataria, y en ningún caso excluyen la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento.*
>
> *Por lo tanto, el hecho de que no se especifique, en los pliegos o en la documentación por la que se ha de regir el contrato, que se aplique un convenio colectivo o acuerdo determinado no impide que este sea de aplicación".*

Asimismo, la Resolución 182/2021, de 26 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que "En este sentido, debe recordarse que, como ha venido señalando este 6 Tribunal (en resoluciones citadas por el recurso, entre otras), la obligación de subrogación es una cuestión de Derecho Laboral sobre la que el órgano de contratación no tiene competencia alguna. Únicamente está obligado a informar de ello en los pliegos conforme al art. 130 LCSP, pero no pueden establecerla los pliegos, siendo su existencia independiente de los mismos. Por tanto, como se ha dicho, la estimación del recurso nada cambiaría sobre la cuestión de la subrogación: si esta procede conforme al Derecho Laboral, habrá de producirse, y si no; con independencia de lo que se diga en los pliegos y del resultado del recurso."

En el supuesto analizado, la cláusula impugnada no establece que no proceda la subrogación, como manifiesta el sindicato recurrente; solo señala que "los Pliegos no pueden imponer la subrogación laboral de los trabajadores adscritos en la actualidad al contrato de concesión" que es algo muy distinto. El hecho de que los pliegos no impongan la subrogación deja totalmente a salvo que esta pueda operar por otras vías distintas a la del convenio colectivo, como pudiera ser la del artículo 44 del ET sobre "La sucesión de empresa". Es decir, la declaración del pliego es baladí en cuanto al hecho futuro de una eventual subrogación; pues la misma se producirá o no con independencia de lo que diga el pliego y, en atención a lo establecido en las normas laborales, siendo la Jurisdicción social -y no la vía del recurso especial- la competente para solventar eventuales controversias futuras que pudieran suscitarse sobre la subrogación de los trabajadores actualmente adscritos a la concesión.

Concluyendo, pues, la pretensión del sindicato consistente en que la cláusula impugnada sea sustituida por otra que declare la procedencia de la subrogación por ministerio del artículo 44 del ET no puede prosperar, pues ello implicaría que este Tribunal tuviese que analizar la legislación laboral y decidir sobre cuestiones que escapan de su ámbito, invadiendo el de las relaciones entre empresario y sus trabajadores, siendo la jurisdicción laboral la única competente para abordar las controversias suscitadas en el marco de dichas relaciones.

Asimismo, tampoco puede prosperar la pretensión subsidiaria del recurso consistente en que "para el supuesto negado de no optar el Ayuntamiento de Almería por esa redacción, que se le dé otra en la que no se establezca de forma expresa la improcedencia de la subrogación, incluyéndose en cualquier caso las trabajadoras adscritas a la limpieza de las instalaciones". Al respecto, como antes argumentamos, el PCAP no establece expresamente la improcedencia de la subrogación sino que esta no puede imponerse a través del mismo; y en lo que se refiere a la inclusión, en todo caso, como subrogadas de las personas trabajadoras adscritas a la limpieza de las instalaciones, ha de reiterarse que ello constituye una cuestión propiamente de Derecho laboral que afecta a las 7 relaciones laborales de empresario y trabajadores sobre la que el órgano de contratación no tiene que pronunciarse en los pliegos, ni este Tribunal en la presente resolución.

Llegados a este punto, lo más que podría analizarse es, si con independencia del debate jurídico sobre la subrogación laboral que habría de dirimirse en última instancia en otra sede distinta a la del recurso especial, el órgano de contratación debería en cualquier caso haber informado sobre las condiciones laborales de los trabajadores que prestan sus servicios en la concesión actual. En tal sentido, CSIF esgrime que se ha vulnerado el principio de transparencia al no informar a las empresas licitadoras de todo el personal adscrito a los servicios objeto de concesión, lo que puede conllevar errores en el cálculo de costes a la hora de preparar sus ofertas.

Tal alegato excede, en puridad, del ámbito de legitimación reconocido al sindicato, a quien compete promover argumentos en defensa de los trabajadores que puedan participar en la ejecución del contrato (artículo 48 de la LCSP) y no de los potenciales licitadores que pudieran verse perjudicados a la hora de elaborar sus ofertas. Es más, el artículo 130 de la LCSP relativo a la "Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo" va dirigido a que los empresarios interesados en la licitación conozcan el impacto que puedan tener los costes laborales del contrato a la hora de preparar sus ofertas. Así, el artículo 130.1 del texto legal dispone que "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 » (El subrayado es nuestro).

En el supuesto examinado, comprobamos que en la cláusula 28 del PCAP se prevé bajo la rúbrica « *Subrogación de trabajadores»* el contenido y desarrollo de la obligación de información prevista en el artículo 130 de la LCSP, y que en esa misma cláusula hay una remisión al anexo II del PPT que establece la relación de personal adscrito actualmente al servicio e índice de absentismo. También se comprueba que en el estudio económico obrante en el expediente administrativo, y en concreto, en el apartado 2 se establece que en el anexo II del PPT se adjunta la relación de personal a subrogar y se hace referencia al listado aportado por la empresa Urbaser a fecha 10 de marzo de 2022.

Aplicando las consideraciones y la doctrina expuesta por este Tribunal en la Resolución transcrita, la pretensión ejercitada en el presente recurso no puede prosperar.

En efecto, como antes se ha analizado, la obligación de subrogación y si ésta, en el concreto supuesto objeto de nuestro análisis, ha de alcanzar a la totalidad de los trabajadores adscritos en la actualidad al servicio de recogida de residuos o no, es una cuestión de Derecho Laboral, que opera en aplicación de la referida normativa, y sobre la que el órgano de contratación no tiene competencia alguna.

Así, la Junta Consultiva de Aragón, en su informe 6/2012 de 7 de marzo, dispuso que «*la obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad»*.

Por tanto, el órgano de contratación únicamente está obligado a informar de ello en los pliegos conforme al art. 130 LCSP, con el objeto previsto en el citado precepto, esto es, para facilitar a los licitadores la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que permita una evaluación exacta de los costes laborales que implicará tal medida, pero lo que no procede es que se pretenda la declaración de la subrogación por ministerio del artículo 44 del ET -y como sucede en el supuesto enjuiciado que se pretenda que tal obligación alcance a un número determinado de trabajadores- pues ello implicaría que este Tribunal tuviese que analizar la legislación laboral y decidir sobre cuestiones que escapan de su ámbito, invadiendo el de las relaciones entre empresario y sus trabajadores, siendo la jurisdicción laboral la única competente para abordar las controversias suscitadas en el marco de dichas relaciones. Y ello teniendo en cuenta que nada al respecto ha sido puesto de manifiesto por el órgano de contratación en el informe al recurso, y sin prejuzgar este

Tribunal los motivos que hubieran determinado, en su caso, que no se incluya la totalidad de los trabajadores adscritos al servicio según la relación facilitada por la empresa, extremo, este que por otra parte, no ha sido probado por la recurrente que ha planteado esta cuestión en términos genéricos.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo, y con ello, del recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SLR SUCCIÓN Y LIMPIEZA DE RESIDUOS, S.L.,** contra el anuncio de licitación, los pliegos y demás documentación contractual que rigen el contrato denominado «Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos domésticos de competencia municipal» (Expediente 10801/2022) promovido por el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande (Málaga).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 28 de julio de 2022.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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