Recurso 74/2023
Resolución 98/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 15 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado «Servicio público provincial de ayuda a domicilio en la localidad de Montoro (Córdoba)», convocado por el Ayuntamiento de Montoro (Expte. GEX 6290/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de diciembre de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el 29 de diciembre de 2022, el citado anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y al día siguiente, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través de su publicación en el citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 8.693.469,46 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 23 de enero de 2023, ASADE presentó en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la contratación referenciada.

El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal el recurso especial presentado y la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

El 7 de febrero de 2023, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la Asociación recurrente.

Mediante escritos de 6 de febrero de 2023, la Secretaría de este Tribunal ha dado traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.

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.

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento de Montoro ha remitido a este Tribunal la documentación necesaria para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto, sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el 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.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados."

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que "Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados".

Sobre la legitimación activa de las asociaciones empresariales existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la cual se ha de entender igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

En el supuesto analizado, la asociación empresarial recurrente impugna el PCAP que rige el contrato de servicios referenciado, por considerar, entre otros motivos, falta de justificación y rigor en el desglose de los costes que

comportan el presupuesto base de licitación e inviabilidad económica del mismo. Así pues, vista la controversia suscitada, parece evidente la incidencia que el acto impugnado puede tener en la esfera de los intereses representados y defendidos por ASADE conforme a sus estatutos, lo que determina su interés legítimo para la interposición del presente recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso 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 b) de la LCSP establece 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 el perfil de contratante el 30 de diciembre de 2022, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 23 de enero de 2023 en el registro del órgano de contratación se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de falta de justificación y rigor en el desglose de los costes que comportan el presupuesto base de licitación (PBL), con infracción del artículo 100.2 de la LCSP.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

La asociación recurrente solicita la anulación del contenido denunciado del PCAP y del propio procedimiento de contratación. Funda esta pretensión en los motivos que se expondrán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En un primer motivo, denuncia falta de rigor y justificación en el desglose de costes que conforman el PBL. Señala, al efecto, que el Anexo 1 del PCAP establece el PBL y valor estimado (VE) del contrato, habiéndose facilitado también por el órgano de contratación el estudio de costes, que ha sido publicado en la Plataforma de Contratación del Estado.

Señala que, a través de tales documentos, se constata que el PBL no podrá superar el límite de 14,60 euros/hora actualmente fijado mediante Resolución, de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; por lo que el desglose de costes para el período 2023-2026 que se refleja en el estudio de costes solo responde al cumplimiento formal del artículo 100.2 de la LCSP, desarrollándose para acomodar el PBL al coste hora de referencia autonómico, pero sin efectuar un ejercicio riguroso de desglose que permita obtener los costes reales del servicio toda vez que ello acreditaría la insuficiencia del PBL. Prueba de ello, a juicio de la asociación recurrente, es que:

1. El coste laboral aumenta anualmente, pero no porque sean tenidos en consideración los incrementos salariales que se han de aplicar cada año conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable, sino únicamente para responder al aumento del número de horas de prestación del servicio que se prevé en el propio pliego. En el estudio se constata que va aumentando el coste laboral cada año del período contemplado (2.023-2.026) en la proporción 4,8%, 2,5% y 2% (en total, 9,3%) en correspondencia al aumento de horas de servicio que se estima para cada año: 3%, 3% y 3% (en total, 9%).

2. En el estudio se indica que los costes laborales son determinados a partir del personal subrogable, recogiéndose unos costes por absentismo del 4% del total de costes de personal, deduciéndose que se ha contemplado una tasa de absentismo en el personal del 8%. Este dato no se sustenta ni justifica en modo alguno, hasta el punto que, entre las respuestas publicadas a consultas de los licitadores, el propio órgano de contratación ha reconocido que la tasa de absentismo ha sido muy superior en los últimos cuatro años a la contemplada en el estudio de costes (16,77% en el año 2.019, 20,72% en el año 2.020, 14,04% en el año 2.021 y 16,3% en el año 2.022).

3. No han sido tenidos en cuenta conceptos tan elementales como el complemento por antigüedad que exige el convenio colectivo aplicable. Así, en en el apartado *"Costes desagregados por categoría laboral"* del estudio de costes se indica que el número de auxiliares de ayuda a domicilio queda fijado en un total de 90 personas trabajadoras, asignándoseles un coste total para el primer año de contrato de 1.753.233,15 euros/año. Sin embargo, dicho importe se corresponde con el salario base mensual y las 14 pagas previstas en las tablas salariales del año 2022 (publicadas en el BOE número 273, de 14 de noviembre de 2.022), a lo que se adiciona el importe de los seguros sociales (del 31,9% en el caso del personal fijo y del 31,1% en el caso del personal eventual). Se deduce, pues, que no se ha tenido en cuenta la antigüedad ni ningún otro complemento salarial contemplado en el convenio colectivo aplicable. Y ello a pesar de que el citado complemento de antigüedad figura en el listado de personal subrogable (Anexo nº7 del PCAP).

4. Por último, como elemento más revelador de la falta de rigor del desglose, el beneficio industrial cambia para cada año del periodo de ejecución del servicio.

Aduce que lo que subyace en el estudio de costes es la fijación rudimentaria del coste del servicio multiplicando el número de horas estimadas por el precio/hora fijado por la Junta de Andalucía para el año 2021, obviando conceptos de obligado cumplimiento según el convenio colectivo de aplicación; y alega que, si se atiende a lo dispuesto en los artículos 100.2 , 101 y 102.3 de la LCSP, resulta que:
- Deberían incluirse en el desglose de los costes directos de mano de obra, entre otras partidas, el absentismo, vacaciones y pluses fuera de convenio y seguridad social, entre otros.
- No se disponen debidamente los gastos generales ni el beneficio industrial.

Concluye, pues, la asociación recurrente que, al incumplirse la obligación esencial de incluir el correcto desglose del PBL en costes directos, indirectos, gastos generales y beneficio industrial, *«los pliegos vulneran el principio de transparencia con grave perjuicio a los licitadores en el momento de preparar sus ofertas. Con ello, no sólo no se permite a los licitadores disponer de la información adecuada para presentar sus ofertas, sino también de poder analizar si han sido correctamente calculados todos los costes del servicio y si el PBL y el VEC son suficientes para cubrir los mismos, y en su caso, poder ejercitar las oportunas acciones contra los pliegos por inviabilidad económica del contrato»*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se alza frente a los argumentos del recurso esgrimiendo, en síntesis, que la inclusión en el presupuesto del contrato, de forma desglosada y con desagregación por género y categoría, de los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia solo es exigible en los contratos de servicios en los que la ejecución de la prestación es a favor del poder adjudicador, que la recibe directamente, los costes salariales son los principales y estos corresponden a los trabajadores empleados en la ejecución del contrato.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La recurrente denuncia que el desglose de costes contenido en el PCAP y en el estudio de costes publicado en el perfil de contratante está carente de rigor y de adecuada justificación. Considera que se ha pretendido dar formal cumplimiento al artículo 100.2 de la LCSP para acomodar el PBL al coste/ hora máximo del servicio aprobado por la Comunidad Autónoma (14,60 euros conforme a la Resolución, de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia), pero sin efectuarse en los documentos de la licitación un desglose riguroso que permita obtener los costes reales del servicio. A tal motivo se opone el órgano de contratación expresando, con invocación de varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que el desglose de costes a que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP solo resultaría de aplicación a contratos en los que la prestación es recibida directamente por el poder adjudicador y los costes laborales constituyen una partida principal del presupuesto.

Para resolver la controversia suscitada, hemos de partir de lo dispuesto en el apartado B) del Anexo I del PCAP sobre el presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato. En lo que aquí interesa, se indica lo siguiente:

«Se determina el presupuesto a tanto alzado por hora de prestación de servicio y número de horas estimadas, el cual no podrá superar el límite de coste 14,60 €/ hora actualmente fijado por la Comunidad Autónoma o cualquier otro señalado por ésta en caso de modificación, estableciéndose la previsión de horas de prestación del servicio en el municipio de Montoro, para el ejercicio 2023, 2024, 2025 y 2026, en función al número de usuarios actualmente activos y la previsión del coste de la prestación, calculado al coste/hora máximo, estipulado por la Comunidad Autónoma, una vez descontada la aportación de los usuarios, conforme a la previsión estipulada en el Estudios de Costes remitido por el IPBS, recogida en la Addenda al Convenio 2022 en:

anualidades	*Horas anuales*	*Coste hora*
2023	*148.023*	*14,60 €*
2024	*152.464*	*14,60€*
2025 (1ª prórroga)	*157.037*	*14,60€*
2026 (2ª prórroga)	*161.749*	*14,60€*

Dicho precio cumple con las previsiones convencionales del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 21 de septiembre de 2018)»

Asimismo, el citado apartado añade que el PBL (IVA excluido) es de 4.218.267,21 euros y el PBL (IVA incluido) es de 4.386.997,90 euros, indicando un valor estimado (dos años de ejecución y dos prórrogas) de 8.693.469,46 euros.

Por otro lado, el órgano de contratación publicó en el perfil de contratante un estudio de costes por cada uno de los años del contrato (incluidas las prórrogas) en el que aparecen los siguientes conceptos:

A) Coste total del contrato:
-Costes directos (97% del coste del servicio): costes de personal subrogable, absentismo (4%), sustituciones (3,5%) y gastos generales (vestuario, EPIS, servicio de prevención, formación etc (1,5%)).
-Costes indirectos (instalaciones, suministros etc) que representan un 3% del coste del servicio.
-Beneficio industrial: distribuido por ejercicios en 2,82%, 1,035%, 1,535% y 2,54%).
-Gastos financieros: 1,20%.

B) Previsión presupuestaria.
C) Presupuesto base de licitación.
D) Desagregación según el artículo 100 de la LCSP en aplicación del VII convenio colectivo marco:
- Costes desagregados por género correspondientes a 91 trabajadoras (no hay personal masculino)
-Costes desagregados por categoría laboral correspondientes a 90 auxiliares de ayuda a domicilio y una coordinadora.
E)Valor estimado del contrato.

A la vista de lo anterior, hemos de examinar si, como esgrime la recurrente, el desglose que figura en el estudio de costes publicado en el perfil carece de rigor e incumple lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP. En este sentido, ASADE denuncia que el órgano de contratación no ha efectuado un desglose riguroso y justificado de costes, pues solo ha pretendido acomodar el PBL al coste/ hora máximo de 14,60 euros fijado por Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

Pues bien, el artículo 100.2 de la LCSP dispone que *«En el momento de elaborarlo, 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, el artículo 101.2 del texto legal contractual señala que *«En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación»,* y el artículo 102.3 de la citada norma establece, en lo que aquí interesa, 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»*.

De este modo, por disposición legal, aquellos contratos de servicios -como el aquí examinado- cuyo coste económico principal venga constituido por los costes laborales deberán tomar en consideración los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales que sean de aplicación; siendo un dato no controvertido que, en el presente caso, el convenio de aplicación es el 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) publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de septiembre de 2018.

Así las cosas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP, el PCAP de la presente contratación debería reflejar el desglose del PBL en costes directos e indirectos y otros eventuales gatos para su determinación y, dentro de los costes directos, tendría que indicar de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del VII convenio colectivo marco antes mencionado.

En el presente caso, aunque el PCAP no contiene el citado desglose de costes, ha de admitirse que este se haya efectuado en el documento denominado *«estudio de costes SAD Montoro 2023-2026»* en la medida que el citado documento goza de la misma publicidad que el pliego al haberse publicado en el perfil de contratante. No obstante, un examen detenido del citado documento permite concluir que no se ha dado íntegro cumplimiento al citado artículo 100.2 de la LCSP pues, pese a reflejarse los costes directos, indirectos y otros eventuales gastos, los costes salariales aparecen desagregados por género y categoría profesional, pero sin el obligado desglose de acuerdo con los términos del VII convenio colectivo marco; lo que impide determinar si los conceptos salariales de dicho convenio se han respetado.

En este punto, se observa que los costes salariales de las auxiliares de ayuda a domicilio y de la coordinadora se representan en el estudio como una cantidad global anual que, por ejemplo, en el primer año de ejecución asciende, respectivamente, a 1.753.233,15 euros y 24.485,30 euros. Ello no permite verificar si estos importes incluyen todos los conceptos salariales del convenio.

ASADE aduce que tales cantidades solo corresponden al salario base mensual y los seguros sociales y llega a dicha afirmación porque en el estudio de costes aparece el concepto *«costes laborales directos (sueldos y salarios +seguridad social)».* Ahora bien, los términos «sueldo» y «salario» no son equivalentes a sueldo base. Precisamente, el diccionario de la RAE define el sueldo como *«remuneración regular asignada por el desempeño de un cargo o servicio profesional»* y el salario como *«totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, ya los períodos de descanso computables como de trabajo».* Por otro lado, la asociación recurrente insiste en que el estudio de costes carece de rigor y no contempla los costes reales del servicio, manifestando que de haberse tomado en consideración dichos costes quedaría constatada la insuficiencia del PBL. No obstante, tampoco es posible tener por acreditada esta insuficiencia con base en los argumentos esgrimidos en el recurso, pues estos solo expresan indicios que no reflejan *per se* que el PBL no sea adecuado al precio de mercado.

Con base en lo expuesto, y centrando el núcleo de la controversia, hemos de llegar a la conclusión de que el desglose de costes de la presente licitación no cumple las exigencias del artículo 100 y siguientes de la LCSP y desde esta exclusiva óptica el motivo debe ser estimado, pues hasta que aquel no se efectúe correctamente no podrá constatarse si el PBL resulta o no suficiente para cubrir os costes reales del servicio. No puede, pues, acogerse el argumento del órgano de contratación acerca de que la estimación y desglose de los costes salariales a partir del convenio laboral de referencia solo sea exigible en los contratos de servicios en los que la ejecución de la prestación es a favor del poder adjudicador. El órgano de contratación llega a esta afirmación invocando dos resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 739/2019 y 750/2022). Concretamente, en la última de ellas, el citado Tribunal señala lo siguiente:

«De conformidad con este precepto [se está refiriendo al artículo 100 de la LCSP], *el presupuesto base de licitación o límite máximo de gasto a que se compromete el órgano de contratación, es el importe que debe ser asumido por el órgano de contratación y que debe ser abonado por éste, pero dentro de ese importe no se encuentra el de los gastos salariales correspondientes al personal a subrogar, ya que estos importes, pagados por el anterior contratista, deben ser asumidos por el nuevo adjudicatario.*

En efecto, se está ante un contrato de servicios, como es el de Ayuda a Domicilio, que se encuentra dentro de los contratos de servicios en los que la ejecución de la prestación se realiza para el público en general o, como es el caso, para unas determinadas categorías de público, como son los usuarios de este servicio, -a que se ha hecho referencia antes-, de forma que el uso por la Administración contratante es uno más de muchos y el coste, por ello, es una tarifa, precio unitario o comisión, en el que no forman parte del precio los costes de los salarios de los trabajadores que en general se emplean para ejecutar el contrato.

Así pues, la alegación de la recurrente, relativa a la necesaria integración dentro del precio total del contrato de los costes salariales de los trabajadores afectos a su ejecución, junto con la exigencia de desagregación de género y categoría de los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, que se contiene dentro del artículo 100.2 de la LCSP, sólo se aplica en el caso de que se trate de contratos que integren prestaciones directas a favor del órgano de contratación o, lo que es lo mismo, cuando sea éste quien recibe la prestación, como es el caso de los contratos de seguridad y limpieza y otros análogos, pero no en el supuesto aquí analizado, por lo que no le resulta de aplicación tal exigencia».

No obstante, este Tribunal -en su reciente Resolución 93/2023, de 14 de febrero- ya ha venido a manifestar que el postulado del artículo 100.2 de la LCSP -sobre desglose en el PBL de los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia- es claro y manifiesto, reiterándose en los artículos 101.2 y 102.3 del texto contractual y que dicha obligación legal «*tiene como justificación el que en todos los contratos en los que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del mismo, las entidades potenciales licitadoras puedan disponer de la información que les resulte necesaria para permitirles una exacta evaluación de los costes de la prestación, al igual que ocurre en el artículo 130 de la LCSP relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo».*

Queda claro, pues, que no se incorporan al estudio de costes todas las exigencias previstas en los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, y en concreto, el desglose de conceptos y costes salariales según el convenio colectivo de aplicación. Procede, pues, estimar el motivo en estos exclusivos términos.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre el motivo de inviabilidad económica del PBL y del VE.

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

Esgrime que el PBL y VE indicados en el PCAP son inviables económicamente al haberse fijado sobre un coste/hora establecido en el año 2021 por la Administración autonómica, sin tener en cuenta los costes reales vigentes en que se llevará a cabo la prestación y, en particular, los costes salariales en 2023 y siguientes años con arreglo al convenio colectivo sectorial de aplicación. Ello queda reflejado en el apartado B) del Anexo 1 del PCAP sobre *«Presupuesto de licitación y valor estimado del contrato. Sistema de determinación del precio».*

Señala que, tras la Resolución de febrero de 2021 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha producido un incremento salarial del 6,5% para el año 2.022, con efectos de 1 de enero, que deriva del IPC cerrado a diciembre de 2.021; índice al que se encuentra indexada la cláusula de revisión salarial prevista en el convenio colectivo

sectorial de aplicación (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- publicado en el BOE número 229, de 21 de septiembre de 2.018), siempre que el PIB experimente a su vez un incremento anual superior al 2%.

Y sigue señalando que, al incremento de 2022, habría que añadir el de 2.023 que va a ser de un 5,7% de acuerdo con el IPC al cierre de diciembre. Por ello, considera que el precio/hora indicado en el PCAP está un 12,3% por debajo de los costes vigentes en el momento de la ejecución de la prestación (2023), sin que tampoco se haya contemplado ningún incremento salarial para el siguiente año de ejecución del contrato ni de sus posibles prórrogas.

Concluye que el coste/hora fijado en una resolución autonómica no exime al Ayuntamiento de establecer un PBL y un VE con pleno respeto a lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes de la LCSP, por lo que sería necesario anular y dejar sin efecto las previsiones del pliego sobre el presupuesto de licitación del contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos de recurso manifestando lo siguiente:

- El Anexo nº7 del PCAP prevé las condiciones de subrogación, reflejando los costes laborales totales del servicio atendiendo a la antigüedad de cada una de los trabajadores que actualmente se encuentran desempeñando sus funciones en la empresa adjudicataria. También se ha tenido en cuenta la subida salarial que se contempla en el VII convenio colectivo marco, conforme a los IPC estimados para cada anualidad. Por otro lado, los gastos generales dependen de la organización existente en cada momento en función de la entidad que presta el servicio, por lo que son los licitadores los que, a la vista de los datos publicados y en función de sus estructuras organizativas, deben determinar si les es rentable o factible acudir a la licitación. A esto se le debe añadir que el beneficio industrial es una partida que depende únicamente de criterios de oportunidad del empresario.

- La parte recurrente pretende que se tengan en cuenta, para fijar el presupuesto base de licitación y por ende el valor estimado del contrato, cantidades no incluidas en el salario fijado en el convenio colectivo del contrato como son los uniformes, absentismo y gastos estructurales, sin perjuicio de que se trate de derechos laborales que deberán respetarse por el adjudicatario del contrato, pero que no vinculan a la Administración a la hora de fijar el presupuesto de licitación de los contratos.

- El coste del servicio no es superior al presupuesto base de licitación. Se ha tenido en cuenta el importe máximo por hora que fija la Comunidad Autónoma de Andalucía, siendo las propias empresas las que deben determinar si les resulta factible concurrir o no a la licitación.

3. Consideraciones del Tribunal.

En este segundo motivo, la recurrente denuncia la inviabilidad económica e insuficiencia del precio por los motivos que esgrime en su escrito de recurso y que hemos expuesto resumidamente.

Ahora bien, la estimación del primer motivo de recurso, y con ello la anulación de los pliegos para que en su caso se proceda por el órgano de contratación a dar cumplimiento a lo establecido por los artículos 100.2, 101.2 y 103.2 de la LCSP, supone que en los nuevos que se aprueben, si así se considerase, el PCAP o el documento regulador de la licitación deberá contener, además del desglose del PBL en costes directos, indirectos y otros

eventuales gastos, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia de forma desglosada debiendo figurar en el PCAP para su cálculo el método aplicado por el órgano de contratación.

En ese sentido, una vez aprobados en su caso los nuevos pliegos será cuando se pueda apreciar si el presupuesto base de licitación cubre los costes salariales, así como el resto de gastos en los términos que demanda la recurrente. En efecto, una vez que el órgano de contratación proceda a dar cumplimiento a lo establecido en lo que aquí interesa por los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP es posible que el presupuesto base de licitación, y en consecuencia el valor estimado del contrato, pueda variar, lo que unido al preceptivo desglose de aquellos, permitirá verificar en su caso lo ahora denunciado por la recurrente (v.g. Resoluciones 231/2018, de 30 de julio, 99/2019, de 4 de abril, 323/2019, de 10 de octubre, 375/2020, de 6 de noviembre, 381/2021, de 8 de octubre, 452/2022, de 22 de septiembre y 93/2023, de 14 de febrero, de este Tribunal y, en sentido similar, la Resolución 883/2018, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Así pues, las consideraciones expuestas impiden efectuar en este momento un pronunciamiento de fondo sobre el motivo expuesto, que se inadmite por tal razón.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la legalidad del criterio de adjudicación de evaluación automática relativo al complemento salarial a auxiliares (mejora salarial).

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

En realidad, ASADE impugna un subcriterio de adjudicación, dentro del criterio de adjudicación de evaluación automática denominado *«Aspectos sociales relativos al servicio de ayuda a domicilio (personal auxiliar y personas usuarias).* El subcriterio se denomina *«Establecimiento de complemento salarial a auxiliares por mejora en la calidad de la prestación del servicio»*, ponderado con un máximo de 5 puntos según el siguiente tenor:

«1% sobre el Salario bruto vigente …….... 1P
2% sobre el Salario bruto vigente ……...…...… 3P
3% sobre el Salario bruto vigente ..…….. 5P

Dicho complemento se abonará de forma semestral, siempre que en cada uno de los semestres de cada anualidad del contrato, no se hayan recibido quejas por escrito de las personas usuarias, en el Ayuntamiento de Montoro, en el Instituto Provincial de Bienestar Social o en la empresa adjudicataria del servicio, superiores en número, al 3% de los usuarios/mes medios al semestre del servicio (igual a la suma de los usuarios de los últimos seis meses dividida entre seis).

Para el cálculo de dicho porcentaje únicamente se computarán las quejas en cuya resolución el Instituto Provincial de Bienestar Social haya dado la razón al usuario/a por escrito, por un mal funcionamiento imputable a las/os empleadas/os que prestan directamente el servicio. Se comprobará el cumplimiento de este requisito al final de cada semestre, abonándose el complemento correspondiente a los 6 meses transcurridos, en el mes siguiente (7º mes).

El personal contratado a tiempo parcial o con contrato temporal, que no haya trabajado el semestre completo, percibirá la parte proporcional correspondiente.

Este complemento deberá venir debidamente detallado en las nóminas de cada trabajador/a.

La empresa adjudicataria emitirá un Informe por escrito, al final de cada semestre de ejecución del contrato, dirigido al responsable del contrato, en el que hará constar si se ha dado o no, la circunstancia que posibilita el pago del citado incremento salarial.

El responsable del contrato podrá pedir en cualquier momento, durante todo el periodo de ejecución del contrato que se aporte la documentación con la que se acredite el cumplimiento de dicha circunstancia (nóminas de las personas trabajadoras y justificante de realización de la transferencia del pago de las mismas)».

ASADE esgrime los siguientes argumentos para denunciar la ilegalidad del criterio:

a) Mejora no debidamente limitada:

No queda claro que el % haya de ser sobre *«salario bruto vigente en Tablas»*, o sobre el salario bruto que tenga reconocido el AUXILIAR en concreto. Dicha falta de definición, supone indefectiblemente, falta de limitación que podría originar la presentación de ofertas dispares por interpretaciones diversas, impidiendo además la realización de un análisis comparativo de las ofertas con pleno respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Se vulnera, pues, el artículo 145 apartados 5 (requisitos de los criterios de adjudicación) y 6(requisitos de las mejoras) de la LCSP.

b) Mejora improcedente:

Todo criterio social de adjudicación debe cumplir tres requisitos que no se dan en este caso: vinculación al objeto del contrato, no resultar discriminatorio y garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

En particular, el criterio no está convenientemente justificado y no se hallaría vinculado al objeto del contrato. La vinculación exige una relación idónea, no artificial, entre el criterio de adjudicación (mejora salarial en el caso examinado) y la satisfacción de exigencias sociales que respondan a las necesidades definidas en las especificaciones del contrato. En el presente supuesto, la loable y pretendida mejora salarial de los/las trabajadores/as que van a ejecutar el contrato no es una exigencia social que responda a una necesidad de un grupo vulnerable en situación o riesgo de exclusión social, o de categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Muy al contrario, se trata de una situación creada artificiosamente por el Órgano de Contratación.

La mejora salarial ni responde a una necesidad, ni de ella cabe deducir una mejor prestación del servicio ofertado que viene aplicándose en la actualidad en igual forma aun no aplicándose el incremento salarial examinado. Además, fomenta la realización de ofertas económicamente más elevadas con un incremento automático del precio del contrato para el Órgano de Contratación, sin una contraprestación que redunde directamente en un mejor rendimiento del servicio. Ello vulnera los principios de eficiencia, economía y control del gasto del artículo 1 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso, esgrimiendo los siguientes:

El salario es una herramienta que puede ayudar a desarrollar y a motivar a las personas. Además de ser el pago por un trabajo realizado es también una medida para valorar a una persona dentro de la organización y un medio para incentivarla. En tal sentido manifiesta que *«(…) si las auxiliares se sienten mejor retribuidas se está protegiendo al anciano, destinatario del servicio. Esta medida incentivadora también mejorará los aspectos psicológicos de la cuidadora del mayor (auxiliar), que se enfrenta a situaciones de progresivo deterioro y muerte del anciano, así como a una progresiva y gradual tarea de gran exigencia física y emocional que genera estrés laboral en este puesto, lo que no sucede a otros trabajadores de la empresa.*

Por tanto esta mejora se encuentran dentro de las actividades propias del objeto de este contrato y guardan relación directa para el buen fin o consecución idónea del servicio de ayuda a domicilio».

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. La controversia se suscita en torno a la legalidad de un criterio social de adjudicación. Este Tribunal tiene una asentada doctrina en esta materia. Por todas, hemos de citar la Resolución 412/2020 en la que se aborda el estudio de determinadas mejoras salariales como criterio de adjudicación, citándose doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En la misma señalábamos:

> *« (…) el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha dictado la Resolución 858/2020, de 31 de julio, en la que -haciendo recopilación de su doctrina sobre las mejoras de las condiciones salariales como criterio se adjudicación- viene a realizar las siguientes consideraciones de interés:*
>
> *1. Para que sea válido un criterio de adjudicación es necesario que sea objetivo (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables) y que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato definido en los pliegos, para de ese modo obtener la prestación que mejor responda a las necesidades del órgano de contratación. En definitiva, un criterio de adjudicación solo será admisible si cumple la condición establecida en la Directiva 2014/14 de permitir valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato -de la obra, el suministro o el servicio- tal y como es definido en las especificaciones técnicas, es decir, si puede afectar de manera significativa a la ejecución de aquel.*
>
> *2. Un criterio de adjudicación cumple el requisito de vinculación al objeto del contrato si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, sin olvidar en este último caso que el criterio debe incidir en el rendimiento del contrato afectando significativamente a su ejecución.*
>
> *3. Todo criterio de adjudicación debe respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento. Por tanto, "no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa mejoras sobre las condiciones salariales de convenios colectivos distintos dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada*

respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación".

4. Los salarios que la empresa adjudicataria satisfaga a sus trabajadores, por encima del convenio colectivo de aplicación, no son un aspecto que defina las prescripciones técnicas, ni resultan de utilidad a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad–precio. "No se comparte la hipótesis de que con mejores salarios se prestarán necesariamente mejores servicios. No se considera, por ejemplo, que la oferta de un licitador que proponga pagar a los trabajadores de su empresa que realicen la prestación una cantidad por encima del mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación, mayor a la que oferte otra empresa licitadora, implique que los trabajadores de la primera empresa prestarán el servicio mejor que los de la segunda, en términos del rendimiento definido en las prescripciones técnicas"».

Y descendiendo al supuesto allí analizado, concluíamos en la citada resolución lo siguiente:

«*Al respecto, hemos de indicar que formalmente existe justificación del criterio elegido, tal y como prescribe el artículo 116.4 c) de la LCSP "En el expediente se justificará adecuadamente: c) (...) los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato", pero tal justificación es vaga, genérica y subjetiva, basándose en la sola convicción de que el mejor salario repercutirá en la mejor calidad de la prestación.*

Una justificación de este tipo no permite dar por válido el criterio en cuestión y ello por las siguientes razones:

1. Ni el criterio ni su justificación permiten valorar las ofertas en términos de rendimiento y afectación significativa a la ejecución del contrato. Falta, pues, el carácter objetivo que debe presidir la definición de todo criterio de adjudicación en términos del artículo 145.5 b) de la LCSP.

2. Como consecuencia de lo anterior, no queda acreditada la vinculación del criterio al objeto del contrato: la convicción de que un mejor salario supondrá mejor calidad en la prestación es una hipótesis incierta, que no depende de factores objetivos, sino de las circunstancias subjetivas de cada trabajador. Como señalamos en nuestra Resolución 257/2019, de 9 de agosto, "la única finalidad perseguida es que las personas trabajadoras puedan obtener mejoras salariales, sin acreditar en qué medida dicha inclusión va a suponer algún tipo de beneficio en la prestación del servicio licitado.
(...) En definitiva, no es posible afirmar que con mejores salarios se prestarán necesariamente mejores servicios, ni que dicha circunstancia subsista en todo caso a lo largo de la vida del contrato".

3. No se fundamenta la afirmación del órgano de contratación de que la mejora salarial proporcionará una mejor relación calidad-precio de la prestación. Muy al contrario, el salario que un licitador satisfaga a sus trabajadores no aporta ninguna utilidad a la hora de efectuar una evaluación comparativa de las ofertas y elegir la que presente una mejor relación calidad-precio. En cambio, el criterio en sí mismo, sin una justificación objetiva que demuestre lo contrario, puede generar distorsiones de otro orden; sobre todo, en lo que respecta al principio de no discriminación e igualdad de trato consagrado en el artículo 1 de la LCSP, cuya vulneración parece evidente si se tiene en cuenta que las mejoras salariales (i) se evaluarían sobre la base de convenios colectivos distintos

dentro del territorio nacional o respecto de empresas de otros países miembros y (ii) favorecerían a la postre a licitadores con mayor capacidad económica, sin reportar un beneficio claro para el servicio.

4. En última instancia, el criterio de adjudicación en su escueta y vaga justificación no deja a salvo otros objetivos de la LCSP consagrados en su artículo 1 como "el de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios", toda vez que fomentará la realización de ofertas económicas más caras y menos beneficiosas para el órgano de contratación, sin una ventaja objetivable sobre la prestación del servicio. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Resolución 136/2018, parcialmente recogida en la Resolución 858/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a que hemos hecho referencia anteriormente».

En el presente caso, la memoria justificativa del contrato publicada en el perfil de contratante no motiva la elección del criterio en los términos exigidos por el artículo 116.4 de la LCSP, lo que impide conocer los aspectos o razones que ha tomado en consideración el órgano de contratación para establecer el criterio de adjudicación impugnado y poder apreciar su vinculación o no al objeto contractual. Es ahora en el informe al recurso cuando el órgano de contratación esgrime que el pago por un trabajo realizado es una medida para valorar a una persona dentro de la organización y un medio para incentivarla, añadiendo que *«(…) si las auxiliares se sienten mejor retribuidas se está protegiendo al anciano, destinatario del servicio. Esta medida incentivadora también mejorará los aspectos psicológicos de la cuidadora del mayor (auxiliar), que se enfrenta a situaciones de progresivo deterioro y muerte del anciano, así como a una progresiva y gradual tarea de gran exigencia física y emocional que genera estrés laboral en este puesto, lo que no sucede a otros trabajadores de la empresa.*

Por tanto esta mejora se encuentran dentro de las actividades propias del objeto de este contrato y guardan relación directa para el buen fin o consecución idónea del servicio de ayuda a domicilio».

Pues bien, tal motivación en el informe es posterior al recurso y no puede sustituir la justificación del criterio que, por imperativo del artículo 116.4 del texto legal contractual, debe ser previa como ya hemos señalado. En cualquier caso, de conformidad con la doctrina expuesta, las razones esgrimidas en el informe tampoco permitirían apreciar la objetividad ni vinculación del criterio al objeto contractual, por cuanto son motivos que no se fundamentan en factores objetivos sino en las circunstancias personales de cada persona trabajadora, sin que pueda afirmarse que todas ellas actuarán de la misma manera ni se incentivarán en igual medida ante la percepción de un complemento salarial como el aquí discutido. Así pues, la justificación emitida en el informe al recurso se fundamenta en una mera hipótesis que no tiene por qué cumplirse en todos los casos, lo que impide apreciar la repercusión objetiva del criterio en la mejora del servicio. Se vulnera, pues, lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP sobre los requisitos legales de todo criterio de adjudicación.

Por otro lado, como ya se indicaba en nuestra Resolución 25/2022, ante un criterio de adjudicación similar en los pliegos de un contrato de servicios de ayuda a domicilio, *«el complemento salarial no retribuye una mejor prestación del servicio sobre los requerimientos mínimos de los pliegos, sino la realización correcta del trabajo. Así se infiere de la redacción del criterio que hace pivotar la percepción del complemento y su cálculo en torno a las quejas de los usuarios. En definitiva, parece que el criterio intenta prevenir una ejecución defectuosa de la prestación en lugar de premiar o ponderar un plus de ejecución o valor añadido en términos de calidad o mayor dedicación al servicio»*. En el supuesto analizado, la doctrina expuesta resulta de plena aplicación, pues se premia con el complemento a los auxiliares que se limiten a prestar el servicio a satisfacción de los usuarios y sin quejas

por parte de estos, lo que solo responde al deber que incumbe a cada trabajador de efectuar correctamente su trabajo. Objetivamente, pues, el complemento no se traduce en una mejora en la realización de la prestación.

Por último, aun no concurriendo las razones anteriores para negar validez al criterio impugnado, también habría que dar la razón a ASADE cuando se refiere a la indefinición del mismo, en la medida que se presta a interpretaciones dispares en cuanto a la base de cálculo sobre la que se aplica el porcentaje en que consiste el complemento. Así, el término «salario bruto vigente» puede albergar varios sentidos, entendiéndose como el que percibe cada trabajador receptor del complemento o como el general previsto para esta categoría.

Procede, pues, la estimación del motivo y la anulación del criterio de adjudicación impugnado.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso ha de estimarse parcialmente, lo que conlleva la anulación del PCAP y demás documentos contractuales así como de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE**) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado «Servicio público provincial de ayuda a domicilio en la localidad de Montoro (Córdoba)», convocado por el Ayuntamiento de Montoro (Expte. GEX 6290/2022) y en consecuencia, anular el citado pliego y demás documentos contractuales conforme a lo expresado en el último fundamento de derecho de esta resolución.

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 mediante Resolución de 7 de febrero de 2023.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.