



Recurso nº 1629/2023 C.A. Principado de Asturias nº 76/2023

Resolución nº 119/2024

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 1 de febrero de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.F., en representación de DAORJE S.L.U. contra los pliegos del procedimiento del “*Servicio de limpieza viaria en Castrillón*”, con expediente nº 3552/2023, convocado por el Ayuntamiento de Castrillón, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, el Ayuntamiento de Castrillón, se convocó mediante anuncio de licitación y pliegos publicados el 4 de noviembre de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el procedimiento del contrato del “*Servicio de limpieza viaria en Castrillón*”, con un valor estimado de 8.425.080 euros.

Segundo. Contra los pliegos rectores del procedimiento, la mercantil DAORJE S.L.U. interpone en fecha 24 de noviembre de 2023 el presente recurso especial en materia de contratación, solicitando se declare la revisión de los pliegos, de acuerdo con los argumentos y motivos alegados.

Tercero. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 29 de noviembre de 2023.

Cuarto. Con fecha 5 de diciembre de 2023, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó acuerdo acordando conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56



de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será esta resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Quinto. No se han presentado alegaciones al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) así como por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto el 8 de octubre de 2021 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE el día 29 de octubre de 2021.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre contra los Pliegos que rigen el contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, acto que puede ser objeto de recurso especial, conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2 a) de la LCSP.

Cuarto. La recurrente ostenta legitimación para impugnar los pliegos, conforme al artículo 48 de la LCSP, por haber presentado oferta en el procedimiento, después de interponer el recurso. Tienen un interés legítimo en la anulación de determinadas cláusulas.

Quinto. Superados los óbices de admisión, pasamos a analizar el fondo del asunto.

Los motivos de recurso son los siguientes:



1. Vulneración del artículo 100.2 de la LCSP, por lo que respecta al cálculo del presupuesto de licitación.

En concreto, afirma lo siguiente:

“(...) Obviamente el mandato legal lo que busca es un presupuesto realista y conforme a mercado que, además, permita una retribución suficiente al personal, máxime, si como ocurre en este contrato el mismo se subroga desde el anterior contratista. Pues bien, es imposible que esto ocurra si los costes laborales que se toman no son los aportados en tiempo y forma por mi representada, en cuanto contratista actual, sino los costes correspondientes al ejercicio anterior 2022 que son sensiblemente inferiores y que ya no pueden ser considerados ‘los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia’ ya que obviamente la subida de esas retribuciones para 2023, que inexplicablemente se ha ignorado, fue la pactada y ejecutada en aplicación de ese convenio.

Dada la importancia del peso del coste de personal en el conjunto del presupuesto en este contrato (aproximadamente entre un 65 y un 70% del coste total) esta vulneración del parámetro legal claramente establecido en el artículo 100.2 de la LCSP no sólo hace anulables los pliegos, sino inviable la correcta ejecución del contrato.

La importancia de este desfase se aprecia si se compara la tabla salarial tomada en consideración en los pliegos para el cálculo de los costes laborales con la real para el año 2023, después de las subidas pactadas en convenio, que ha calculado por el Sr. Ingeniero Industrial D. J.C.U., en su informe pericial titulado ‘Análisis del presupuesto de licitación considerado en el concurso de limpieza viaria en Castrillón ejercicios 2024-2028 en lo referente a la partida de costes directos de personal’ que se aporta a este recurso como Documento nº 2.

(...)

En todo caso, es obvio que no se ha cumplido el artículo 100.2 de la LCSP al no aplicarse el convenio de referencia, pero esta conclusión se agrava enormemente si se tiene en cuenta que, además, el cálculo se ha realizado con una evidente falta de profesionalidad y



se han obviado varias partidas esenciales en el contrato. En tal sentido, como ha destacado el perito Sr. C.U., en las páginas 10 y 11 de su informe pericial:

- No se contempla la figura del Titulado medio que forma parte de la plantilla con derecho a subrogación.*
- El presupuesto del contrato no contempla ninguna previsión por absentismo, que suele estar en un entorno del 6% adicional a los costes de personal*

El presupuesto base de licitación tampoco contempla ninguna previsión por sustitución en vacaciones, que suele estar en un entorno del 9 % adicional sobre los costes de personal, pero, además, para agravar el asunto, en el periodo vacacional se exigen trabajos extraordinarios de limpieza de playas.

(...)

Pero, además, se incumple radicalmente la previsión, contenida en el mismo artículo 100.2 de la LCSP en el sentido de que el presupuesto tiene que reflejar costes de mercado, no sólo por todo lo que se viene señalando, sino porque a los costes de personal no se les ha repercutido beneficio industrial alguno y, además, se ha bajado el porcentaje de costes indirectos asociados a los mismos del habitual 10% a un 5% sin justificación o explicación alguna, como nuevamente destaca el Sr. perito D. J.C.U. en la página 12 de su informe, adjunto como Documento nº 2.

(...)

Pero el cúmulo de despropósitos del cálculo del presupuesto no acaba aquí, porque la actual plantilla adscrita a este servicio, que, ya con una omisión, ha servido para calcular el presupuesto no se amplía en absoluto a efectos del cálculo del presupuesto base y, sin embargo, los pliegos amplían las tareas que este equipo debería desempeñar. Así entre las prestaciones que en el anterior contrato no se asumen, pero que en el nuevo pliego se incluyen entre las que se deben ejecutar están las siguientes (apartado B.2 del cuadro de características del PCAP):



- *Desratización, lo que exigirá, además, equipos y formación específica, que añade un coste adicional importante y que hasta ahora asumían empleados municipales ajenos al contrato.*

- *Viales de los parques públicos, tarea que ahora asumía la contratista de los jardines.*

- *Limpieza de las fuentes.*

- *Retirada de residuos vertidos ilegalmente, entre los que se encuentra los muebles y enseres, lo que venía siendo una prestación más dentro del servicio de recogida de basuras, que ahora va a prestar COGERSA en virtud de un encargo directo del Ayuntamiento, pero que ahora se “incorpora” al servicio de limpieza viaria, exigiendo vehículos específicos y la entrega de esos residuos en las instalaciones del Centro de Tratamiento de COGERSA, cualquiera que sea su volumen y características (subartículo 4.1.5 del PPT, en su página 11).*

Como se observa estas tareas adicionales hacen todavía más inviable económicamente el contrato y suponen, además, como pasamos a analizar, una amalgama de prestaciones incompatible con las estrictas reglas que rigen los contratos mixtos”.

2. Vulneración de las normas aplicables a los contratos mixtos.

Argumenta la mercantil recurrente, por lo que respecta a este segundo motivo, que:

“(…) Los pliegos impugnados configuran, sin embargo, un único contrato incluye prestaciones distintas, englobando no sólo servicios de limpieza viaria, sino servicios de recogida y transporte de residuos de todo tipo (Subartículo 4.1.5 del PPT, en su página 11), suministro y colocación de papeleras y de desratización entre otras prestaciones.

Se trata por lo tanto de un contrato mixto en el que se amalgaman diversas prestaciones; combinación de prestaciones que, en cuanto supone una restricción a la libre competencia (no todos los empresarios prestan múltiples servicios), está sujeta a normas muy estrictas en nuestro sistema que en el presente caso no se cumplen en absoluto, lo que determina, nuevamente, la nulidad de los pliegos, del anuncio y de la licitación en su conjunto.



En primer lugar, sólo se pueden combinar prestaciones si las mismas cumplen lo dispuesto en el artículo 34.2 de la LCSP:

(...)

En el presente caso ni se ha justificado en el expediente ni cabe justificar una unidad funcional obligatoria entre la limpieza viaria, la recogida de cualquier residuo (sea o no peligroso) y su transporte a las instalaciones de COGERSA, o la desratización del municipio, que son actividades jurídicamente muy distintas, que requieren títulos habilitantes distintos, reglas de protección de los trabajadores muy diversas y distintos niveles de formación a las plantillas. No puede olvidarse que es precisamente la perspectiva jurídica, y no la económica, la que ha de adoptarse para interpretar este precepto, como recuerda la Sentencia de 30 de mayo de 2019, del Tribunal Supremo, dictada en el recurso 207/2016, en la que declaró que la razón de agrupar prestaciones variadas debe ser ‘una razón jurídica’ y no una razón ‘exclusivamente económica o de oportunidad’.

La vulneración material del principio de libre concurrencia que la contratación conjunta de estos servicios supone se complementa, en el caso, con otras conculcaciones formales. Así, el artículo 18 de la LCSP exige que los contratos mixtos, por incluir prestaciones de diversos contratos de servicios y suministros, identifiquen y justifiquen la prestación que se ha de considerar principal, a los efectos de determinar su régimen de preparación y adjudicación, lo que siempre es relevante a efectos de transparencia, para evitar que los costes de las prestaciones se confundan.

Ni en los pliegos impugnados ni en documento alguno se identifica la prestación principal, ni se hace valoración alguna de la necesidad de un tratamiento unitario de las distintas prestaciones, ni se fijan o justifican los costes de cada prestación, con lo que la vulneración del artículo 18 de la LCSP es evidente.

Pero también lo es la del artículo 122.2 de la LCSP, que impone que en los pliegos de los contratos mixtos se fije el régimen jurídico aplicable a ‘sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en



ellos'. Aclaración imprescindible del régimen de las diversas prestaciones que el pliego que nos ocupa no hace en absoluto, desconociendo el carácter mixto del contrato. (...)”.

Asimismo, en conexión con este motivo impugnatorio la recurrente sostiene que en el presupuesto de licitación no se han desglosado adecuadamente los costes correspondientes a cada una de las prestaciones “(...) *con lo que es imposible determinar cuánto le va a costar el Ayuntamiento la retirada de los residuos, incluido enseres, que se abandonen irregularmente en la vía pública (curiosamente segregada del encargo del servicio de recogida de basuras a COGERSA, pero que deben transportarse a sus instalaciones) o la desratización (servicio que podría perfectamente haberse licitado por separado existiendo multitud de empresas especializadas que podrían resultar muy competitivas)”.*

3.- De forma subsidiaria, vulneración de la obligación de motivar la no división en lotes de las prestaciones del contrato y del principio de libre concurrencia.

Al respecto, en síntesis, señala:

“(...) Lo que exige la Ley, al servicio de una mayor y mejor competencia, no es sólo que todo contrato se divida en lotes siempre que sea posible, sino que, cuando se opte por no hacerlo, se motive adecuadamente la no división.

En el expediente esta obligación no se cumple porque las únicas razones que se dan, en la escueta memoria justificativa que se publicó en el perfil del contratante con fecha 2 de noviembre de 2023 (...)

Se trata de una afirmación que podría hacerse para cualquier contrato que tenga varias prestaciones, que es inexacta, puesto que no hay unas instalaciones comunes para la recogida de enseres, la limpieza y la desratización, ni son necesarias y que, sobre todo, no vienen soportadas por dato objetivo o prueba alguna.

(...)



La vulneración del artículo 99.3 de la LCSP en cuanto se ha dado una motivación insuficiente e irreal de la no división en lotes de un contrato que contiene varias prestaciones es evidente, pero más allá de esa vulneración formal (suficiente por sí misma para justificar la anulación de los pliegos), lo cierto es que se ha vulnerado la libre competencia al restringir o incluso anular las posibilidades de concurrencia de cuantas empresas sólo presta uno de los diversos servicios anudados. También por este motivo procede, en consecuencia, anular el pliego de la licitación de referencia”.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo sostiene la conformidad a derecho de los pliegos impugnados.

Sexto. Expuestos los motivos impugnatorios y, entrando en el fondo del primero de ellos, son varias las razones que esgrime la recurrente para acreditar la vulneración de la normativa vigente en lo que afecta a la determinación del presupuesto base de licitación del contrato.

En síntesis, considera la mercantil recurrente que la configuración del presupuesto base de licitación (PBL) infringe el artículo 100 de la LCSP, puesto que los costes salariales estimados son los correspondientes al ejercicio 2022 y no tienen en cuenta las subidas salariales para 2023 pactadas en el convenio laboral de referencia, que no se contempla la figura de Titulado Medio que forma parte de la plantilla como personal con derecho a subrogación, que no se incluyen conceptos tales como los correspondientes al absentismo ni previsión por sustitución de vacaciones y que los costes no se corresponden con los costes de mercado al no repercutir beneficio industrial alguno a los costes de personal, bajando el porcentaje de costes indirectos asociados a los mismos. Finalmente afirma que no se amplía la plantilla de personal adscrita al contrato pese al incremento de las prestaciones objeto del mismo.

Es preciso comenzar señalando que la fijación del precio del contrato es un elemento que decide el órgano de contratación en el ámbito de su ampliamente aceptada discrecionalidad técnica, en los términos del artículo 102.3 LCPS, al señalar que:

“3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al



precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

Como dispone la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), en los informes 37/17 y 8/18, *“lo que cabe concluir es que bajo estas denominaciones lo que persigue el legislador en el artículo 100 es que el presupuesto base de licitación recoja todos los costes y gastos que influyan en la realización de la prestación o prestaciones que constituyen el objeto del contrato, evitando preterir algunos de estos costes en beneficio de alguna de las partes”,* y en el Informe 42/18, *“precisamente con este objetivo se establece su obligatoria presencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento rector de la licitación, obligación ésta que dota de transparencia al procedimiento de selección del contratista, que garantiza que el contrato no incurra en un sobreprecio y que facilita la elaboración de las proposiciones por parte de los licitadores”.*

El artículo 100.2 de la LCSP establece que:

“2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. 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 forme 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”.

El apartado D del cuadro Resumen del PCAP, relativo al presupuesto base de licitación, recoge el referido desglose y, además se refiere al convenio colectivo sectorial aplicable en los siguientes términos:

“CONVENIO LABORAL (de referencia para estimación de los costes salariales):BOPA núm. 153 de 9-viii-2023 Resolución de 27 de julio de 2023, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo



de Trabajo de Daorje, S. L. U., en su actividad de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, en el Municipio de Castrillón para el Año 2022-2025, en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad dependiente de la Dirección General de Empleo y Formación”.

Examinado el estudio económico que obra en el expediente, es preciso tener en consideración las alegaciones del órgano de contratación en su informe preceptivo cuando señala que:

“Respecto al Convenio laboral, en el Cuadro Resumen D, apartado 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se indica expresamente que, como referencia para estimación de los costes salariales, se ha considerado el Convenio Colectivo de Trabajo de Daorje S.L.U., en su actividad de limpieza pública, viaria, riesgos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, en el Municipio de Castrillón para el Año 2022- 2025, aprobado por Resolución de 27 de julio de 2023, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, convenio de empresa que es más beneficioso que el convenio sectorial que pudiera resultar de aplicación.

Como señala el informe emitido por la Ingeniera Jefa de Obras, Servicios y Medioambiente:

‘A fecha 22-09-2023 mediante RS 8655 se requiere a la empresa DAORJE S.L.U. aporte los datos relativos al personal objeto de subrogación para la tramitación del expediente de referencia 3552/2023, relativo a la contratación de los servicios de Limpieza viaria en el Concejo de Castrillón.

Mediante RE 11328 de fecha 29-09-2023 la empresa DAORJE S.L.U. aporta el listado de personal que se incorpora como ANEXO I. RELACIÓN DE PERSONAL al PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS PARA EL CONTRATO DE SERVICIO DE LIMPIEZA VIARIA EN EL MUNICIPIO DE CASTRILLÓN de fecha 10-10-2023.

Queda sobradamente justificado que la documentación aportada por la empresa DAORJE S.L.U. (RE 11328), relativa a los costes de personal, es la que se incorpora a los pliegos que rigen la presente licitación.



Se desconoce la intención que se plantea con la afirmación '(...) los costes laborales que se toman no son los aportados en tiempo y forma por mi representada (...)'.

Por lo que, como se desprende de lo anteriormente expuesto y, señalándose en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que, como referencia para la estimación de los costes salariales, se ha considerado el Convenio Colectivo de Trabajo de Daorje S.L.U., en su actividad de limpieza pública, viaria, riesgos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, en el Municipio de Castrillón para el Año 2022-2025, aprobado por Resolución de 27 de julio de 2023, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, además queda acreditado que, por parte de la Administración, se han incluido en la licitación los datos aportados por la recurrente en el año 2023, contenidos en su respectivo convenio de empresa, considerando así los beneficios a mayores que suponga la aplicación del mismo en el presente contrato frente a la aplicación del correspondiente convenio sectorial que sería el único exigible conforme a la normativa.

(...)

Sobre los costes salariales

(...)

b) Se afirma en este punto: '(...) la actual plantilla adscrita a este servicio, que, ya con una omisión, ha servicio para calcular el presupuesto no se amplía en absoluto a efectos de cálculo del presupuesto base y, sin embargo, los pliegos amplían las tareas que este equipo debería desempeñar (...)'.

Destacable es que en el listado aportado por la empresa DAORJE S.L.U. (RE 11328), relativa a los costes de personal, se incluyen un total de

28 personas con las categorías:

1 Titulado Medio

2 Oficiales 1ª



2 Oficiales 2ª

3 Conductores

20 Peones

Frente al total de 31 personas más refuerzo estival durante 4 meses con 4 peones, tenidos en cuenta en el punto 3.2 DESGLOSE del PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN de los pliegos que rigen la presente licitación:

1 Encargado/a Titulado Medio

2 Oficiales 1ª

2 Oficiales 2ª

6 Conductores

20 Peones

Refuerzo limpieza 4 meses 4 peones

Queda sobradamente justificado que se incluye la figura del Titulado Medio y refuerzo de personal en el PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN que rige la presente licitación."

Respecto a la supuesta omisión de la figura del Titulado Medio que forma parte de la plantilla con derecho a subrogación, en el desglose que se recoge en el apartado 3 del Cuadro Resumen D del PCAP, aparece expresamente recogido 1 encargado/a titulado medio (jornada completa), así como en el Anexo I del PPT referente a la relación del personal a subrogar. En este mismo sentido se pronuncia la Ingeniera Jefa de Obras, Servicios y Medio ambiente en su informe. Por lo que, a criterio del que suscribe, PROCEDE DESESTIMAR esta alegación.

Respecto a que el presupuesto del contrato no contempla ninguna previsión por sustitución de vacaciones o absentismo, el informe de la Ingeniera Jefa de Obras señala que:



Asimismo, indicar que, la LCSP obliga al desglose del presupuesto base de licitación en costes directos, indirectos y beneficio industrial, así como la indicación del convenio colectivo tomado como referencia, siendo todas ellas cuestiones reflejadas en la preparación de la presente licitación, no considerándose otros costes laborales, como los derivados del absentismo, parte integrante de las exigencias de la LCSP. Al respecto se ha pronunciado la Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de diciembre de 2022, manifestando que ‘no cabe concluir del tenor literal de los arts. 102 y 130 del LCSP, que el dato de absentismo sea una información, que el órgano de contratación deba facilitar a los licitadores, en todo caso y en cualesquiera circunstancias’, por lo que, a criterio del que suscribe, PROCEDE DESESTIMAR esta alegación.

La recurrente aporta un informe técnico de parte denominado ‘Análisis del presupuesto de licitación considerado en el concurso de limpieza viaria en Castrillón ejercicios 2024- 2028. En lo referente a la partida de costes directos de personal’.

En relación a lo recogido en este informe, indicar que en el mismo se incurre en varios errores que recoge el propio escrito de la recurrente que ya se han ido analizado en el presente informe, y que contradice palmariamente el Informe de la Ingeniera Jefa de Obras, Servicios y Medio ambiente. (...)”.

A la vista de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe preceptivo, y examinadas las cláusulas contractuales, en el supuesto que se revisa se observa que el órgano de contratación ha cumplido, en general, lo exigido por el artículo 100.2 de la LCSP en el PCAP en la determinación del presupuesto base de licitación, desglosando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, así como los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de aplicación para los años 2022–2025 (aprobado por Resolución de 27 de julio de 2023, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica), todo ello partiendo de la documentación aportada por la empresa DAORJE S.L.U. como actual prestataria respecto del personal a subrogar (ex artículo 130 LCSP), que es la que se incorpora a los pliegos que rigen la licitación; sí contempla –a diferencia de los sostenido por la mercantil recurrente– la figura del Titulado Medio, y prevé los costes asociados al incremento de tareas. Por lo que respecta a la falta



de inclusión del dato correspondiente al absentismo a efectos de valoración de los costes, este Tribunal en la resolución nº 729/2018, de 27 de julio, indica que:

“Ahora bien, el absentismo laboral no es una condición de trabajo, sino una manifestación del incumplimiento de las mismas, por lo que aun tratándose de un dato a valorar por ejemplo dentro de la determinación de los gastos o costes generales, que podrán incluir los de estructura, absentismo, etc., no constituye un dato legalmente exigible para la determinación de los costes laborales derivados de las condiciones de trabajo de los trabajadores a subrogar”.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación no hace alegación alguna en cuanto al coste de sustitución por vacaciones, ni a la previsión en el pliego de los costes salariales de 2022, en vez de los de 2023.

En cuanto a las vacaciones, se observa en la página 26 del PCAP que, como no puede ser de otra forma, es obligación del adjudicatario la concesión a los trabajadores de permisos, licencias y vacaciones.

No habiendo acreditado el órgano de contratación que el servicio se interrumpa, o se preste en menor medida, cuando los trabajadores que lo prestan estén de vacaciones, se considera que se ha omitido dicho coste en el cálculo del presupuesto base de licitación.

Y en lo atinente a que el pliego ha calculado los costes salariales en función de los salarios del año 2022, se observa que el convenio colectivo que se ha utilizado como referencia (el convenio de empresa de DAORJE S.L.), cuya aplicabilidad a estos efectos nadie contesta, fue publicado el día 9 de agosto de 2023, figurando en él un Anexo con las tablas salariales para 2023. La memoria justificativa de las necesidades a cubrir con el presente contrato es de fecha 22 de septiembre, y la licitación se ha publicado en la PCSP el día 4 de noviembre de 2023. Por tanto, el incremento de salarios que prevé este convenio colectivo debería haberse tenido en cuenta a la hora de calcular los costes salariales, por estar ya plenamente vigente con bastante anterioridad.

Hay que tener presente, además, los bajos porcentajes de gastos generales y beneficio industrial previstos para este contrato (respecto del total de costes directos de 6.058.948,64 euros, un 3,43 % para gastos generales, y un 2,06 % de beneficio industrial).

Se estima parcialmente el motivo de recurso relativo a la insuficiencia del presupuesto base de licitación, por no recoger el coste laboral de sustitución del personal que se halle de vacaciones, ni los costes salariales para 2023, se anula la cláusula D del PCAP, y se retrotrae el procedimiento al momento anterior a la aprobación de este pliego, para que continúe por sus trámites.

Séptimo. Sostiene la mercantil recurrente que los pliegos vulneran las normas establecidas en la LCSP para los contratos mixtos.

El cuadro-resumen del PCAP, en su cláusula B.2, describe el objeto del contrato en los siguientes términos:

“Servicio de limpieza viaria cubrirá la limpieza de sendas, playas, calzadas, aceras, bordillos, entorno de contenedores, plazas, paseos y zonas peatonales, todas las vías públicas del municipio, incluidos los paseos peatonales pavimentados incluidos dentro de los parques y jardines del Concejo. Incluso el baldeo de viarios y limpiezas de emergencia y/o especiales, así como fiestas, eventos y mercadillos.

Renovación del parque de papeleras existente, así como vaciado diario de papeleras, limpieza exterior e interior de las mismas. Incluso reposición de las roturas por uso o vandalismo.

Limpieza de hiervas en vías urbanas y alcorques pavimentados.

Limpieza de pintadas y retirada de carteles del mobiliario urbano (farolas, semáforos, papeleras, bancos, marquesinas, fachadas locales municipales...).

Retirada y limpieza de excrementos en la vía pública. Retirada de animales muertos en la vía pública.

Desinfección, tanto de mobiliario como de viarios, con productos adecuados.



Desratización en todo el término municipal de viales públicos, espacios de uso público, solares municipales, riberas de ríos y proximidades de vías de comunicación.

Actuaciones especiales en caso de fenómenos atmosféricos adversos y en cuantas otras situaciones excepcionales que el Ayuntamiento estime necesarias”.

Pues bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la LCSP: “Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”, que la prestación principal sea el servicio de limpieza viaria, no excluye que el contrato pueda incorporar otras prestaciones accesorias propias de un contrato de servicios e incluso prestaciones correspondientes a un contrato de suministro –por lo que respecta a la renovación del parque de papeleras– dejando sentado que, en el supuesto que se analiza no es posible sostener que nos encontremos ante un contrato mixto –incorporando prestaciones propias de un contrato de suministro– puesto que la renovación del parque de papeleras no se incluye como prescripción mínima de obligado cumplimiento sino que figura como mejora en las características técnicas del servicio en el apartado D.3.2 del Cuadro Resumen del PCAP, de voluntaria aportación.

Precisamente, atendiendo al objeto del contrato anteriormente descrito se comprueba que la prestación principal es la propia de un contrato de servicios y, asimismo, la necesaria relación de complementariedad que exige el artículo 34.2 de la LCSP por lo que respecta a las prestaciones (todas ellas propias de un contrato de servicios) que conforman el objeto, al estar destinadas a satisfacer una misma necesidad (la limpieza viaria), por lo que ninguna vulneración se aprecia.

Se desestima este motivo de recurso.

Octavo. Por lo que respecta a la falta de motivación de la no división en lotes que alega como motivo impugnatorio la mercantil recurrente, procede examinar si los pliegos y el expediente de contratación satisfacen las exigencias previstas en el artículo 99.3 de la LCSP.

El artículo 99.3 de la LCSP dispone que:

“Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente. En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.

Como ha señalado este Tribunal (por todas, la Resolución 813/2018, de 14 de septiembre): *“la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación, pero sujeta a control”.*

Y en la Resolución 940/2018, de 18 de octubre, decíamos que: *“la delimitación del objeto del contrato y, consiguientemente, de los lotes en que eventualmente pueda dividirse la licitación, es extremo regido por el principio de discrecionalidad técnica. Esta caracterización, ciertamente, no se compadece con una eventual arbitrariedad, siendo exigible que dicha división resulte debidamente motivada. En el caso analizado, esa*



motivación se ofrece, tal y como se ha demostrado con la dicción antes transcrita, en términos extensos, razonables y circunstanciados que no se reconducen a una simple e irrestricta aplicación de un incondicionado criterio orgánico, sino que tienen en cuenta factores tales como la ubicación geográfica o servicios a prestar (expresamente invocados por la recurrente). Obviamente, la actora puede legítimamente discrepar de la división que los pliegos recogen, pero ello no permite inferir que la misma sea contraria a derecho”.

En el supuesto examinado, en atención al objeto del contrato descrito en la cláusula B.2 del cuadro-resumen del PCAP, al existir posibilidad material de división, es preceptiva la obligación de justificar debidamente en el expediente su no realización mediante lotes.

Así, en la Resolución 267/2022 de 24 de febrero de 2022, este Tribunal ha señalado que:

“Séptimo. Con respecto al primer motivo, en lo tocante a la división de los contratos en lotes, se ha de tener en muy en cuenta que desde la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del Consejo, de 26 de febrero de 2014, la no división en lotes es la excepcionalidad para favorecer, principalmente, la concurrencia, no restringir la competencia y posibilitar la máxima participación de las PYMEs. El considerando nº 78 de la citada Directiva, así lo refleja (..): ‘(..) Lo manifestado en este considerando de la Directiva 2014/24/UE, se lleva al artículo 46 de la misma, con el siguiente tenor: «División de contratos en lotes: 1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84». En nuestra vigente LCSP esta regla general, la de la división del objeto del contrato en lotes, se ha incorporado en el artículo 99.3 al afirmar que: ‘3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta’.



Así lo ha ratificado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 48/18 y este Tribunal en varias de sus resoluciones, entre otras, la resolución nº 981/2018, de 26 de octubre. Ahora bien, la regla general de división de contratos en lotes, tiene una serie de excepciones que vienen reflejadas en el mismo artículo 99.3 de la LCSP: «(...) No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras. En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia. b) El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente» (el subrayado es nuestro)». A propósito de la obligada justificación de los motivos por los que el órgano de contratación considera procedente que no se divida el contrato en lotes, se ha pronunciado este Tribunal en repetidas ocasiones, cuya doctrina se podría resumir, en la expuesta en la resolución nº 1149/2021, de 9 de septiembre de 2021. Sostuvimos en nuestra Resolución 1026/2018, de 13 de noviembre de 2018: «En este sentido, es cierto que la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí es cierto que debe referirse a las concretas razones que concurren en ese expediente, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida esta obligación. Por otro lado, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada expediente para poder determinar si la justificación ofrecida por el órgano de contratación es suficientemente expresiva de dichas razones o no, único elemento al que podría en su caso alcanzar la revisión de este Tribunal que, por lo demás, tiene vedada la

supervisión de la corrección técnica de dicha decisión, en virtud de la doctrina de la discrecionalidad técnica que, desde luego, resulta de plena aplicación a esta cuestión”.

Pues bien, en el presente caso lo cierto es que, en la memoria justificativa que consta en el expediente remitido, sí se contiene una justificación motivada de la decisión de no dividir en lotes en su apartado 2.3:

“La división en lotes y su ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes conllevaría un riesgo para la correcta ejecución del contrato debido a su naturaleza, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones por una pluralidad de contratistas diferentes.

Justifíquese:

La realización independiente de cada una de los servicios, dificultaría la correcta coordinación y supervisión de su ejecución desde el punto de vista técnico. A esto se añade la existencia de sinergias entre los diferentes servicios, puesto que cuentan con una estructura técnica y de mando, así como unas instalaciones fijas, que en caso contrario obligaría a su duplicidad, con el consiguiente incremento de los costes del servicio, contrario en todo caso a los principios de eficiencia económica que deben primar en la contratación pública”.

Este Tribunal estima razonable la justificación expuesta en el expediente administrativo para decidir la no división en lotes, y se ajusta la discrecionalidad empleada por el órgano de contratación a lo previsto en el artículo 99.3 de la LCSP, permitiendo la cláusula U del PCAP (página 7) la subcontratación.

Asimismo, la relación de complementariedad entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, a la que este Tribunal se ha referido en el fundamento jurídico anterior, destinadas todas ellas a satisfacer una misma necesidad (la limpieza viaria), es la que justifica igualmente la no división en lotes de las distintas prestaciones, que deben ser tratadas como una unidad funcional.

Se desestima este motivo de recurso.



Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.A.F., en representación de DAORJE S.L.U. contra los pliegos del procedimiento del “*Servicio de limpieza viaria en Castrillón*”, con expediente nº 3552/2023, convocado por el Ayuntamiento de Castrillón, con los efectos declarados en el Fundamento de Derecho sexto de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES