



Recursos nº 1526 y 1535/2021 C. Valenciana 348 y 349/2021

Resolución nº 1910/2021

Sección 2ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTOS los recursos interpuestos por D. S.T.M., en representación de EUREST COLECTIVIDADES, S.L., y por D. P.L.S., en representación de la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Valencia para contratar la "*Prestación del servicio "Menjar a domicili" ("Comer a domicilio")*", expediente 04101/2020/66 SER; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Valencia por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 10 de septiembre de 2021 acordó convocar procedimiento abierto, aprobar los pliegos de condiciones y el gasto correspondiente para contratar la "*Prestación del servicio "Menjar a domicili" ("Comer a domicilio")*", expediente 04101/2020/66 SER.

Segundo. Publicado el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de septiembre de 2021 y en el DOUE al día siguiente, finalizó el plazo de presentación de proposiciones a las 23:59 horas del día 20 de octubre de 2021.

Durante el plazo para la presentación de ofertas tuvieron entrada dos proposiciones formuladas, una presentada por EUREST COLECTIVIDADES, S.L. y la otra por SERUNIÓN, S.A.U.

El valor estimado del contrato es de 12.603.888,00 €.



Tercero. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) contiene entre la cláusula 23ª de obligaciones específicas y, con referencia a la letra Z de su Anexo I, la mención siguiente:

“d) SUBROGACIÓN EN CONTRATOS DE TRABAJO:

De conformidad con lo señalado en el apartado Z del Anexo I del presente pliego y, para el supuesto de que exista obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, la persona o empresa que viniese efectuando la prestación y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, está obligada a facilitar toda la información necesaria en los términos y condiciones previstos en el artículo 130 de la LCSP.

La persona o empresa adjudicataria deberá responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último”.

No obstante, la letra Z de referencia del anexo no considera sujeto a subrogación el servicio.

Cuarto. Por otro lado y al mencionar las necesidades administrativas del contrato, el Anexo I citado dice lo siguiente:

“La Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas puso en marcha, durante el año 2004, el programa piloto “Menjar a Casa”, con el que se pretendía distribuir la comida a las personas mayores que por su especial situación, como la soledad, o por sus dificultades físicas, tenían como principal problema una deficiente nutrición, pues es un hecho constatado que hay personas mayores con cierto nivel de dependencia que quieren seguir viviendo en su propia casa y que la compra y la preparación de la comida diaria les supone un reto a veces insuperable. Se organizó mediante convenios a formalizar por la Generalitat, a través de la Conselleria y las Corporaciones Locales para el desarrollo del programa del servicio de “Menjar a Casa” y se determinó que la retribución económica al



adjudicatario respondiera a una fórmula mixta: un 34% del precio unitario del contrato se satisfará por el usuario, un 42 % del citado precio se abonará por la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas con cargo a sus presupuestos para cada ejercicio económico y el restante 24% corresponderá liquidarlo a la Corporación Local correspondiente con cargo a los presupuestos de la misma para cada ejercicio económico. El Ayuntamiento de València formalizó dicho convenio en el año 2004 y lo ha mantenido hasta la comunicación por parte de esta Consellería el pasado mes de junio del 2019 dando por finalizado el Convenio el 31 de julio de 2019 y asumiendo la Consellería el coste pagado por los Ayuntamientos hasta que cada corporación adjudique su propio programa.

El Ayuntamiento de València, que empezó con cerca de 150 plazas en 2004 y que en el año 2019 tiene 426 y una lista de espera de más de 900 casos, valora que el programa debe continuar prestándose por tratarse de un servicio de proximidad ya muy arraigado en los Servicios Sociales valencianos, con un alto índice de satisfacción por parte de las personas usuarias, así como también de los profesionales que derivan y hacen seguimiento de los casos”.

Quinto. Finalmente, el Anexo I al PCAP también contiene los criterios de adjudicación, en el sentido siguiente que se refieren a:

“(...) mejoras que faciliten la consecución de mejora de la calidad de vida de las personas en su domicilio en el ámbito alimenticio, al margen de las que se plantean en el Pliego técnico, sin que ello suponga ningún tipo de coste para la administración ni para las personas beneficiarias según se desglosa en los siguientes apartados hasta un máximo de 30 PUNTOS”.

En lo que respecta al primero de los subcriterios, relativo al “Ofrecimiento de aparatos electrodomésticos nuevos en régimen de cesión”, se valora lo siguiente:

“a. Por ofrecer nuevo electrodoméstico microondas con eficiencia energética mínima A++ a las personas beneficiarias en régimen de cesión: Hasta un máximo de 6 PUNTOS a quien oferte 30 o más microondas aplicando fórmula (ofertas inferiores a 30 unidades no serán contabilizadas)



(...)

b. Por ofrecer nuevo electrodoméstico frigorífico con eficiencia energética mínima A++ a las personas beneficiarias en régimen de cesión. Hasta un máximo de 6 PUNTOS a quien oferte 10 o más frigoríficos aplicando fórmula (ofertas inferiores a 10 unidades no serán contabilizadas)

(...)

Por su parte, el segundo de los subcriterios, relativo al “ofrecimiento de cajas de menaje de hogar en régimen de cesión para las personas beneficiarios que, o bien no tienen o están en estado muy deteriorado”, se valora del siguiente modo: “Se concederá hasta un máximo de 3 PUNTOS a quien oferte 50 o más cajas aplicando fórmula (ofertas inferiores a 50 unidades no serán contabilizadas).”

Con fórmulas parecidas se añaden como subcriterios “el mayor número de tipos de dietas”, “la realización de un mayor seguimiento de casos que los que indica como mínimo el PPT”, o “la realización de actividades de degustación de las comidas en los Centros municipales”.

Todas ellas terminan con la fórmula de obtención de puntuación, donde la puntuación obtenida es el resultado de la división de los elementos ofertados –siempre que se supere un mínimo regulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT)– dividido entre quien oferte más elementos y el resultado multiplicado por la puntuación máxima (el que ofrezca más elementos obtendrá la puntuación máxima, por tanto, sin límite en su oferta).

Sexto. El 8 de octubre de 2021 se interpuso ante el órgano de contratación el recurso por parte de la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. Previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el informe de aquel, de 11 de noviembre posterior, interesando la desestimación del recurso.

En atención a su orden de llegada y a su estado de tramitación, al recurso se le ha asignado el número 1535/2021.



Séptimo. El 14 de octubre de 2021 se interpuso el recurso por parte de la mercantil EUREST COLECTIVIDADES, S.L. Previo requerimiento de la Secretaría del Tribunal de 15 de octubre al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el informe de aquel, de 11 de noviembre posterior, interesando la desestimación del recurso.

En atención a su orden de llegada y a su estado de tramitación, al recurso se le ha asignado el número 1526/2021.

Octavo. La Secretaría del Tribunal en fecha 12 de noviembre de 2021 dio traslado de los recursos interpuestos a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Noveno. La Secretaria de este Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas y en el seno del recurso 1507/2021, ya dictó, el 21 de octubre de 2021 resolución por la que se acordaba la adopción de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de 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), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con el apartado primero del artículo 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), según el que: *“1. Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*, se acuerda por este Tribunal la acumulación de los presentes recursos, al apreciarse entre ellos una



identidad sustancial e íntima conexión, por tener por objeto la misma resolución de adjudicación e invocarse, asimismo, similares infracciones del ordenamiento jurídico por cada uno de los recurrentes.

Segundo. Los recursos se interponen ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 de la LCSP y 22.1. 1º del RPERMC, así como en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Tercero. Se recurren los pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 12.603.888,00 euros IVA excluido. El artículo 44 –en letra a) de su apartado 1º, y en su apartado 2º– de la LCSP, establece.

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

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

(...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

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

En consecuencia, se trata de un contrato y un acto recurribles.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición de los recursos, ambos recurrentes se han atendido al plazo regulado en el artículo 50.1.b) de la LCSP.



Quinto. Por lo que respecta a la legitimación exigida por el artículo 48 de la LCSP, cabe serle reconocida a EUREST COLECTIVIDADES, S.L. pues a su tenor:

“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Y ello por cuanto ha concurrido a la licitación cuyos pliegos rectores impugna.

Además, cabe indicar que dicha empresa se ha atendido a la regla general contenida el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que ha interpuesto el recurso con anterioridad a la presentación de su proposición que tuvo lugar el día 20 de octubre de 2021, según ya se ha expuesto.

Y en cuanto a la federación sindical, ésta goza igualmente de la legitimación exigida por el artículo 48 LCSP, que en su párrafo segundo añade que:

“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”.

El tenor del citado precepto, así como la doctrina que este Tribunal ha sentado sobre el particular (condensada en sus Resoluciones nº 81/2013, de 20 de febrero, nº 782/2020, de 3 de julio, o nº 1069/2020, de 9 de octubre), en cuya virtud la legitimación de un sindicato para recurrir sólo será admisible si los motivos de impugnación tienen una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores, sin que deba extenderse esta legitimación en la medida que rebasen este ámbito o se refieran a cuestiones de legalidad ordinaria del contenido de los pliegos.

En el presente caso, en realidad, la intervención sindical es adhesiva respecto del recurso 1526/2021, al tener por objeto las cláusulas del pliego relativas a la concurrencia o no de



obligación de subrogación. Desde esa perspectiva, cabe reconocer la legitimación de la federación sindical recurrente.

Sexto. En lo que se refiere al fondo del asunto, los recursos se fundan –como uno de varios motivos en el recurso 1526/2021 y como el único en el recurso 1535/2021– en si el servicio de “*Menjar a domicili*” que inicia el Ayuntamiento de Valencia y que viene a sustituir parcialmente a otro, llamado “*Menjar a casa*”, hasta entonces prestado por la Administración autonómica en virtud de convenios administrativos entre ésta y diversos Ayuntamientos, supone o no subrogación del personal que pudiera venir impuesta en virtud de norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general para el adjudicatario del contrato y que haya de convertirse en empleador de los trabajadores que venían prestando el servicio.

En el supuesto aquí analizado, la Administración contratante entiende que no procede la subrogación. Afirma que no hay identidad ni de objeto ni de sujetos que hayan de ofrecer y recibir las prestaciones, de modo que pasa de ser ente colaborador en la prestación de un servicio ajeno de mayor amplitud territorial, a ser titular de un servicio similar limitado a su ámbito competencial.

A continuación, subraya las diferencias entre ambos servicios (orientados en el caso del actual no sólo a personas mayores, sino también a personas con discapacidad, dependencia o incapacitadas, en función de su nivel de ingresos, teniendo una ambición superior para afectar a más beneficiarios, durante todos los días del año (no de lunes a viernes únicamente), por su contenido, por más menús especiales por festividades, con mayor rotación, con posibilidad de provisión de frigoríficos además de microondas, con servicios complementarios, al que se unen trabajadores sociales, con formación especializada para los repartidores, con evaluación diaria de la prestación ...).

El artículo 130 de la LCSP dispone lo siguiente:

“1. Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la



información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

Cabe advertir ya, en este punto, que la concurrencia o no de la obligación de subrogar es una cuestión de índole laboral y dicha obligación existirá o no con independencia del tenor de los pliegos. Lo relevante, desde el punto de vista contractual, es que si se considera que existe dicha obligación opera la regla contenida en el párrafo segundo, consistente en informar sobre “(...) *las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales*”.

En efecto, este Tribunal –en su Resolución nº 88/2015, de 30 de enero– si bien referida al antiguo artículo 120 del Real Decreto 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, plenamente aplicable aquí y especialmente extensa en su argumentación, ya tuvo ocasión de razonar que:

“En este orden de cosas, ha de insistirse en que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá impuesta por las disposiciones legales (vgr.: artículos 44 ET u otras normas sectoriales como el 75.4 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de



Ordenación de los Transportes Terrestres) o convencionales en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí exigir esa medida por tener un contenido estrictamente laboral (cfr.: Resoluciones 75/2013, 134/2013, 267/2013, 341/2013, 8/2014, 14/2014, 30/2014, 37/2014, 386/2014, 452/2014, 502/2014, 586/2014, 670/2014, entre otras muchas), y ello por más que la lectura aislada del artículo 120 TRLCSP pudiera llevar a otra conclusión. El órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación –de origen normativo, se reitera-, informar en el Pliego o en la documentación complementaria “sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida” (artículo 120 TRLCSP).

Precisamente por ello, por tratarse de un deber de información, la jurisprudencia ha afirmado que la obligación de subrogarse es exigible incluso cuando los Pliegos omitan la misma (Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2010 –Roj STSJ PV 4693/2010-) o contengan errores en punto a la identificación de los trabajadores afectados (Sentencias del Alto Tribunal, Sala IV, de 13 de noviembre de 2013 –Roj STS 5847/2013-).

El órgano de contratación se sitúa así en una posición en la que ha de proceder con extrema cautela, toda vez que, si por un lado es claro que no le incumbe adoptar pronunciamientos propios de la Jurisdicción social (como son los relativos a si existe o no la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del anterior contratista), por otro debe proporcionar a todos los candidatos interesados una información sobre los eventuales costes laborales asociados a la prestación del servicio que, sin duda, es relevante a la hora de que aquéllos puedan decidir si concurren o no al procedimiento y en qué términos deben formular sus ofertas. Esa posición es si cabe más delicada si se tiene en cuenta que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido recordando que la mera sucesión de contratas de una Administración no es causa que determine, por sí sola, la aplicación del artículo 44 ET salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización básica para la explotación (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 –Roj STS 4481/2013-, 13 de febrero de 2013 –Roj



STS 993/2013- y 19 de diciembre de 2012 –Roj STS 9066/2012-), lo que obliga a analizar entonces qué convenio colectivo resulta aplicable (tarea que puede resultar harto compleja, vistos los artículos 82-86 ET) y a efectuar un juicio acerca de si existe o no el deber de subrogación.

B. Se trata, en suma, de cumplir con ello la obligación que incumbe a los poderes adjudicadores de informar a los licitadores de todas las condiciones que lleve aparejada la ejecución del contrato con el objeto de que los mismos puedan tenerlos en cuenta al elaborar sus ofertas (cfr.: Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, pág. 24). A fin de cuentas, “el operador que presenta una oferta debe poder evaluar, en caso de que ésta tenga éxito, si le interesará comprar activos significativos al actual concesionario y hacerse cargo de todo su personal o de una parte del mismo o si estará obligado a hacerlo y, en su caso, si se encontrará en una situación de transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187” (Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 25 de enero de 2001 -asunto C-172/99-).

En esta tesitura, el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria (cfr.: Resoluciones 608/2013, 502/2014, 542/2014)”.

En efecto, lo esencial es determinar si existe cierta apariencia de la posibilidad de subrogación y en su caso, por mor del principio favorable a la concurrencia, debe procurarse la información necesaria para confeccionar las ofertas desde el punto de vista del personal. Bajo este parámetro interpretativo se aborda el análisis del presente supuesto.



Séptimo. Fijada la doctrina aplicable con anterioridad, y descendiendo ya al caso concreto, resulta que se aduce por la recurrente que la otra licitadora viene prestando un servicio semejante al presente, el de la entrega de comida a domicilio, en el ámbito no sólo del municipio de Valencia sino en otros. Desde una perspectiva laboral el nuevo servicio, por ejemplo, implica su prestación los 365 días del año y no de lunes a viernes, lo que lógicamente ha de redundar en más dotación de horas de trabajo y, en consecuencia, en un mayor coste salarial. De acuerdo con el contrato, tal importe, calculado por la Administración según el convenio, representa en torno al 36% del coste total anual (1.041.785 sobre 2.864.519 euros).

Ya se ha expuesto que el artículo 130 de la LCSP se refiere a la ley, convenio o acuerdo que imponga la subrogación. La Ley, en este caso, no es de gran ayuda pues esta prevé subrogación sólo para el caso de sucesión de empresa. Cabe recordar que el artículo 44.1 y 2 del Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET) afirma que:

“(...) existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

Desde el plano convencional, la Disposición Adicional 4ª del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, al referirse a la subrogación empresarial remite –en cuanto así se mantenga y las partes no acuerden otro régimen– en su ámbito funcional a lo dispuesto en el capítulo XII del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, que data de 2015, incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores, aplicabilidad reconocida también por la Administración en su informe.

En dicho Acuerdo Laboral Estatal, el artículo 60 define el objeto y supuestos de la sucesión o sustitución empresarial del modo siguiente, más amplio que el legal y que en lo que interesa es del tenor literal siguiente:



“Lo dispuesto en el presente capítulo será de aplicación en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista, transmisión patrimonial, como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo, de una unidad productiva autónoma, de una unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades, o partes de las mismas en virtud entre otros supuestos:

En los supuestos en que una empresa cese en la actividad de colectividades por decisión de la empresa principal y ésta se haga cargo directamente de la explotación, desarrollando dicha actividad de forma exclusiva o principal, asumirá la posición de empresa cesionaria conforme a lo previsto en este capítulo. Si la actividad pasase a prestarse por una tercera empresa, participada por la principal o dependiente de ella, en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otro título, operaría igualmente la subrogación.

Por lo que, lo dispuesto en este capítulo será de aplicación entre otros supuestos a:

b) Sucesión de contratas, Concesión de la explotación de servicios y concesiones administrativas. En los supuestos de sucesión por concesiones administrativas operará el presente capítulo con independencia de lo contemplado en el pliego de condiciones (...).”

Expuestos los términos del debate y conocidos todos los elementos de juicio, cabe partir del hecho de que el órgano de contratación niega la premisa básica de la que parten en su denuncia las actoras, esto es, que haya obligación para la adjudicataria de subrogar el personal en los contratos de trabajo. Además, argumenta la inexistencia de tal obligación de modo más –en el caso del recurso 1535/2021– o tan fundamentado –en el caso del recurso 1526/2021– que cada recurrente, al analizar detenidamente los términos de los citados Convenio colectivo y Acuerdo Laboral que –supuestamente– la establecen, así como los requisitos que deben darse, según dichas normas convencionales, para que concurra la obligación de subrogar. Con especial hincapié, paralelamente, en las diferencias que desde el punto de vista no sólo objetivo sino también –y, especialmente– subjetivo concurren en el presente supuesto frente a cómo se ha venido prestando el



servicio, al tratarse de una Administración distinta la que –en ejercicio de sus competencias– va a celebrar el nuevo contrato.

En este punto, ante el concepto de “*empresa*” acuñado por la jurisprudencia comunitaria y el más específico de “*actividad económica*” en aras de determinar cuándo se produce la sucesión o transmisión de empresas a efectos de subrogar el personal afectado, el TJUE ha seguido el criterio de negar la calificación de actividad económica para las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas por el poder público en Sentencias como la de 15 de octubre de 1996 (*Asunto Henke*, C-298/94) –que invoca el órgano de contratación– o la de 1 de julio de 2008 (*Asunto MOTOE*, C-49/07). Singularmente, en aquella el Tribunal comunitario sostuvo que no constituye “transmisión de empresa” –en el sentido de la entonces Directiva 77/187/CEE– la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones Públicas. De ahí que el Tribunal infiriese que el concepto de “*transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad*”, en los términos del artículo 1.1 de dicha Directiva [en cuya letra c) *in fine* disponía: “*La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirá un traspaso a efectos de la presente Directiva*”], no se aplica a una cesión –a una agrupación de municipios– de competencias administrativas de un municipio que eran propias del ejercicio del poder público.

A ello se une, desde un punto de vista ya objetivo, el hecho de que la prestación del objeto contractual –tanto cuantitativa como cualitativamente– es mayor del servicio que viene prestando la Comunidad Autónoma; en efecto, siendo sólo en parte coincidente debe concluirse que al ser distintos los cometidos que aquél engloba, todo ello conduce a avalar la conclusión de que –ante un contrato que se licita y se va a celebrar *ex novo*– el órgano de contratación haya entendido, de forma razonable y razonada, que no procede la subrogación de los trabajadores, siendo tal motivación suficiente para que pueda concluirse que no se ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 130 de la LCSP. Así lo ha considerado también este Tribunal, en su Resolución nº 690/2019, de 20 de junio, al afirmar que:

“(…) tampoco podría tener favorable acogida la referencia a la subrogación de los trabajadores pues no acredita el recurrente que actualmente exista algún



contratista cuyos trabajadores deban subrogarse, afirmando el órgano de contratación que no existe “en el momento de convocarse la presente licitación, un contratista que se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto”.

Debe recordarse que lo que impone el art. 130 al órgano de contratación es facilitar a los licitadores, en el propio pliego, “la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales” por lo que, si a juicio del órgano de contratación, no hay trabajadores afectados por la subrogación, no estaría incumpliendo dicha obligación.

Ello sin perjuicio del derecho del eventual adjudicatario del contrato a efectuar las reclamaciones que estime oportunas contra el órgano de contratación por haber incumplido la previsión del art. 130 de la LCSP al no facilitar información alguna sobre trabajadores afectados por una subrogación (que operará por ministerio de la Ley, del Convenio o acuerdo colectivo de general aplicación con independencia de su reflejo en los pliegos), si, efectivamente, se ve obligado a subrogarse en algún tipo de personal como consecuencia de la adjudicación del contrato y dicha subrogación le ocasiona un perjuicio”.

Por otro lado, EUREST COLECTIVIDADES, S.L. no acredita –ni siquiera lo afirma– en modo alguno que los costes salariales integrados en el presupuesto del contrato no se correspondan a los del personal –supuestamente– a subrogar, de manera que la falta de información relativa a dicho personal haya impedido a los licitadores formular la oferta adecuadamente, pues ésta es la finalidad de la obligación impuesta ex artículo 130 de la LCSP, tal y como se deduce de su párrafo primero, ya transcrito. Antes, al contrario, la presentación de oferta por su parte viene a demostrar que –en su caso– dispuso, también en el apartado de personal, de los datos necesarios para confeccionarla.

En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina y las razones expuestas, procede desestimar este motivo en ambos recursos.

Octavo. Continúa el recurso 1526/2021 señalando, como segundo motivo de impugnación, que determinados criterios de adjudicación deben ser anulados, y en

particular, aquellos que permiten conceder puntuación para quien ofrezca un mínimo de electrodomésticos o cajas de menaje, entre otros y hasta un máximo de una puntuación concreta. Se entiende que son criterios que no cumplen los requisitos generales del artículo 145, si bien no menciona su séptimo párrafo, que se refiere a las mejoras. Dicho de otro modo, recurrente y órgano coinciden en que no se trata de mejoras en los términos del artículo 145.7 de la LCSP según la doctrina sentada al respecto por este Tribunal, pues suponen prestaciones adicionales a las ya incluidos en los pliegos como obligatorias y no distintas a las definidas en los pliegos.

La Resolución nº 20/2019, de 11 de enero, de este Tribunal parte de distinguir las mejoras del aludido artículo 145.7 –precepto que hace referencia expresa a un límite– de los criterios de valoración restantes que no se configuran como tales, afirmando al respecto que:

“Para resolver esta cuestión debemos fijar, en primer lugar, qué interpretación procede hacer del artículo 145.7 de la LCSP, cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece dicha ley, como: “las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”.

La expresión “prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto” se puede entender de dos maneras distintas:

- Todas las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, o*
- Solamente aquellas prestaciones adicionales no “definidas” en los pliegos.*

Este Tribunal se decanta por la segunda interpretación porque el precepto transcrito, después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPTP, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que “mejoren” las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del

contrato. Por ello, parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP son aquellas prestaciones “adicionales y distintas” a las definidas en el proyecto.

El criterio que estamos analizando, la bolsa de horas adicionales de servicio, es claramente relativa al principal servicio que exigen los pliegos como obligatorio: la prestación de apoyos de carácter personal, doméstico o social, en el domicilio familiar, para contribuir al mantenimiento de las personas con limitaciones en su autonomía, en su medio convivencial habitual (cláusula 2 del PPTP). Por lo que, conforme a lo razonado anteriormente, debemos concluir que no estamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.

Por tanto, no se considera aplicable el requisito que exige dicho artículo relativo al establecimiento de “límites”, debiendo resolver el presente recurso en el mismo sentido desestimatorio que en nuestra Resolución 619/2017 (Recurso 446/2017), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, ante un supuesto similar, dijimos:

“2. Impugnación de la cláusula 7.4.2 A,) criterio evaluable de forma automática, consistente en una bolsa de horas total para los cuatro años de duración del contrato.

Alega el recurrente que el hecho de no existir un límite de hora a ofrecer dará lugar a que se presenten ofertas con números de horas exageradas, cuyo cumplimiento sería harto improbable ya que se trata de horas para servicios extraordinarios, para necesidades sobrevenidas de carácter excepcional.

Este Tribunal entiende, en cambio, que el importe de cada uno de los aspectos de mejora que los distintos licitadores ofrezcan a la Administración estará determinado por los costes que dicho ofrecimiento les pueda suponer, el precio ofertado para la realización total del contrato, y el número parámetros de mejora que consideren que racionalmente puede beneficiar a la Administración.

La puntuación obtenida por cada licitador en este criterio de adjudicación se determina objetivamente, en aplicación del criterio proporcional establecido en el pliego.

El órgano de contratación podría haber establecido un límite máximo en cuanto al número de horas de mejora, lo que se consideraría preferible, pero el hecho de no hacerlo no se estima que incumpla la normativa, ni los principios de la contratación pública”.

Pues bien, en el presente caso, el recurso hace referencia a los siguientes subcriterios:

- 1º. Instalación de microondas y de frigoríficos. El órgano de contratación ha optado por fijar esta prestación como obligatoria de acuerdo con el servicio diseñado (*“La empresa contratada se pondrá en contacto con la persona usuaria para proceder a la visita domiciliaria inicial y a la instalación, en su caso, de microondas o frigorífico”, “Será responsabilidad de la empresa adjudicataria proveer a las personas usuarias que no dispongan de ello, de aparato microondas”,* y respecto del frigorífico: *“si no fuera adecuado o no hubiera ninguno en el domicilio, la entidad adjudicataria pondrá uno a su disposición, en régimen de depósito y este contará con etiqueta energética comunitaria de clasificación A o equivalente”,* dicen los apartados 4.2 y 8.2 del PPT) si bien no básica, que es la entrega de comida. En vez de fijar un número mínimo de electrodomésticos necesarios, que en realidad no existen, prefiere no puntuar un ofrecimiento por debajo de 30 y bonificar quien ofrezca más, pero no es una mejora en el sentido del artículo 145.7 de la LCSP, como las partes parecen reconocer.
- 2º. Entrega de cajas de menaje. El PPT no recoge en ningún momento referencia a este extremo. Por tanto, es una prestación adicional y diferente a la que constituye el objeto del contrato y de ahí que sí le resulte aplicable el aludido precepto, con la obligación de limitación que el mismo impone y que aquí se omite, a diferencia del caso anterior.
- 3º. El mayor número de tipos de dietas aparece en el pliego bajo el número 4.7 (tipología de dietas): ofrecer dietas complementarias se encuentra fuera del artículo 145.7 y, por tanto, no está sujeto a límite alguno según lo antes indicado.
- 4º. Por el contrario, la realización de actividades de degustación de las comidas en los centros municipales de servicios sociales no es una obligación del pliego ni que se derive del contrato (lo más cercano es el ofrecimiento de servicios de dinamización que incluye como actividad divulgativa o servicio de información la entrega de folletos, no tales jornadas), por lo que constituye mejora ex artículo 145.7 y debe someterse a límite por disposición legal.



5º. Finalmente, en el caso de la realización de actividades de seguimiento se está desarrollando una prestación que prevé el PPT en un número mínimo: no se trata de mejora en los términos del citado artículo y, por tanto, no está sujeto a límite.

En resumen, cabe estimar en parte este motivo en el sentido de que se fijen unos límites a las mejoras consistentes en la entrega de cajas de menaje y actividades de degustación, al no desarrollar prestaciones previstas en los pliegos, sino prestaciones adicionales distintas a los mismos que han de sujetarse, en consecuencia, a los límites a que alude el artículo 145.7 de la LCSP. Las demás, al estar relacionadas con el contrato y vinculadas con su objeto, resultan admisibles pues no vulneran precepto o principio alguno de acuerdo con el resto del artículo 145.

Noveno. El último punto de recurso 1526/2021 no es tanto una impugnación del pliego como de las respuestas que habrían sido dadas en interpretación del mismo, que no son susceptibles, como tales, de recurso, más allá de su influencia en la adjudicación. Por lo demás, el informe del órgano aporta respuestas e informes del servicio técnico que refrendan la sujeción al pliego en el punto controvertido (no susceptibilidad de valorar proyectos de más de 50 páginas y no susceptibilidad de valorar los anexos, que no son evaluables y valorables).

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. S.T.M., en representación de EUREST COLECTIVIDADES, S.L., contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Valencia para contratar la "*Prestación del servicio "Menjar a domicili" ("Comer a domicilio")*", expediente 04101/2020/66 SER, en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Octavo de la presente Resolución.

Segundo. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.L.S., en representación de la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra los pliegos de la licitación convocada por el



Ayuntamiento de Valencia para contratar la "*Prestación del servicio "Menjar a domicili" ("Comer a domicilio")*", expediente 04101/2020/66 SER.

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

Cuarto. 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 de la Comunidad Valenciana, 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.