

Recurso 422/2024
Resolución 481/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 31 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PATRONAL ANDALUZA DE ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL Y ACCIÓN SOCIAL**, contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y la declaración de urgencia que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación de 196 plazas de acogimiento residencial para menores que se encuentren bajo el nuevo modelo de cuidados y protección de la administración de la Junta de Andalucía. Varias modalidades», (Expediente 2024 0000647773), convocado por la Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad en Granada, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de octubre de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación por procedimiento abierto y urgente del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día 3 de octubre de 2024, con un valor estimado de 38.441.784,88 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP. Asimismo, se regirá por las disposiciones del Decreto 41/2018 de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía.

SEGUNDO. El 16 de octubre de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del procedimiento de presentación electrónica de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN PATRONAL ANDALUZA DE ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL Y ACCIÓN SOCIAL (en adelante APAES, la recurrente o la asociación recurrente) contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y la declaración de urgencia.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 17 de octubre de 2024, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 21 de octubre de 2024.

Con fecha 22 de octubre de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

Por último, mediante Resolución MC. 126/2024, de 25 de octubre, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la asociación recurrente.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación empresarial 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 (...). 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, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse 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.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.



Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y la declaración de urgencia, y ello por entender que en aquellos se incumplen algunos aspectos relacionados, entre otros, con el presupuesto base de licitación y, por ende, con el valor estimado del contrato.

Al respecto, en el artículo 6 de los estatutos de la asociación recurrente se indica que su objeto principal será la defensa de los intereses económicos y sociales de las personas empresarias integradas en la misma, ante los organismos públicos y privados.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus personas asociadas, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares en un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

En este sentido, con respecto a la declaración de urgencia es necesario poner de manifiesto que el recurso especial es procedente contra actos producidos en el seno del procedimiento de adjudicación, que comienza con la convocatoria de la licitación y finaliza con la adjudicación del contrato. En consecuencia, los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial, salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos al ser estos impugnables, conforme a lo estipulado en el citado artículo 44.2 a) de la LCSP, circunstancia que concurre en el supuesto examinado.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 3 de octubre de 2024, día en que el pliego de cláusulas administrativas particulares fue puesto a disposición de las personas interesadas en el citado perfil de contratante, por lo que computando desde dicho día el recurso presentado el 16 de octubre de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Consideraciones sobre la pretensión de anulación de la declaración de urgencia.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo declare *«I.- La nulidad de la licitación. II.- La nulidad de la declaración de urgencia en la tramitación del procedimiento y el anuncio de licitación, anulando los actos posteriores a la declaración de fecha 24 de junio de 2024, con retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la formulación de la repetida declaración de urgencia. III.- La nulidad de los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento del recurso, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.»*



El recurso en esencia denuncia, por un lado, la declaración de urgencia de 24 de junio de 2024 publicada en el perfil de contratante el 3 de octubre de 2024, por vulneración del artículo 119 de la LCSP al no ajustarse a los presupuestos de hecho que fija la norma infringida y por falta de motivación, y por otro lado, el presupuesto base de licitación que a su entender incumple lo establecido en los artículos 100.2, 100.1, 102.3 y 130 de la LCSP, en relación con el artículo 122 de la citada LCSP.

Sobre la declaración de urgencia objeto de denuncia, ésta fue formalizada el día 24 de junio de 2024 por la persona titular de la Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, como órgano de contratación. En dicho documento se pone de manifiesto que *«La Administración de la Junta de Andalucía, dentro de las competencias que tiene atribuidas en materia de protección de personas menores, asume la tutela de las declaradas en situación de desamparo, ejerciendo su guarda, adoptando una medida de protección mediante el acogimiento familiar o residencial. Asimismo, le corresponde la promoción de la guarda con fines de adopción, así como las funciones autonómicas en materia de adopción internacional, la gestión de los programas de estancia temporal de personas menores extranjeras, y cualquier otra forma de protección de la infancia y de la adolescencia. Los centros de protección deberán garantizar la calidad técnica y la calidez de la atención y actuación profesional y disponer de una dinámica de funcionamiento basada en el modelo de convivencia de la familia, donde se garantice el cumplimiento de sus derechos, la satisfacción de las necesidades infantiles y su pleno desarrollo personal.»*

En este sentido, en lo que aquí concierne, dicha declaración de urgencia tras señalar que el anterior contrato se encuentra actualmente prorrogado conforme al artículo 29 de la LCSP, en sus antecedentes cuarto y quinto afirma que:

«CUARTO.- Encontrándose próximo a expirar el plazo de vigencia de la prórroga, y dada la necesidad imperiosa de dar continuidad al mismo, por los motivos expuestos anteriormente, esta Delegación Territorial acuerda iniciar los trámites para renovar el contrato que próximamente se extingue. No obstante, circunstancias sobrevenidas y ajenas a este Órgano de Contratación, derivadas de la demora en la obtención de la fuente de financiación del contrato, así como de la fijación de criterios para el establecimiento de unos precios homogéneos en todas las provincias andaluzas, han provocado un retraso excesivo e irrecuperable en la tramitación del nuevo procedimiento que ahora se inicia.

QUINTO.- El acuerdo de tramitación de urgencia está justificado en razones de interés público, pues la consecución de los objetivos señalados no permite la interrupción del servicio que se está prestando actualmente, debiendo garantizar la continuidad al mismo, y hacerlo con la calidad y eficacia que la atención del menor requiere. Por ello, resulta ineludible la necesidad de agilizar la tramitación de la presente licitación, y adjudicarlo y formalizarlo en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de la finalización del periodo de prórroga vigente, adoptando para ello las medidas de agilización administrativa previstas en la normativa de aplicación.»

Al respecto, la asociación recurrente señala que la tramitación de urgencia del expediente objeto del presente recurso no se ajustó a derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la LCSP y la doctrina jurisprudencial y administrativa que lo interpreta. En este sentido, señala que *«Del tenor de la propia resolución resulta evidente que la circunstancia que da lugar a la “urgencia” en la contratación considerada por el órgano de contratación es imputable al propio órgano de contratación, todo ello debido a falta de previsión y de diligencia en el inicio de la tramitación del procedimiento de licitación, siendo así que, a la fecha de presentación de este recurso, las empresas adjudicatarias en el anterior expediente de contratación continúan prestando el servicio BAJO UN CONTRATO DE EMERGENCIA desde el 16 de agosto de 2024 hasta el 1 de octubre.»*



Acto seguido, la recurrente reproduce una serie de actuaciones que según manifiesta constan en el anterior expediente de contratación al que es objeto de este recurso, tras lo cual afirma que una actuación mínimamente diligente del órgano de contratación en la correcta previsión de los tiempos necesarios para la tramitación del presente procedimiento de licitación habría evitado llegar a la situación en la que nos encontramos en la actualidad, que es, por un lado, la irregularidad de los contratos de emergencia por los que se presta actualmente el servicio desde el 16 de agosto de 2024 hasta el 1 de octubre de 2024, y sus posibles prórrogas en su caso, al no haberse adjudicado los contratos siguiendo el procedimiento previsto en la LCSP y no admitirse las prórrogas tácitas en nuestro derecho, lo que ya de por sí, a su juicio, determina la improcedencia de acudir al procedimiento de urgencia; y por otro, la tramitación del procedimiento de licitación, con la reducción de plazos que entraña una licitación urgente bajo la cobertura de una declaración de urgencia realizada varios meses atrás, sustrae a las entidades licitadoras del plazo general para preparar una licitación no exenta de dificultad técnica, lo que representa un peligroso abuso en el empleo del recurso a la declaración de urgencia por afectar a principios nucleares del sistema de contratación administrativa definidos en el artículo 1 de la LCSP, facilitando la permanencia de quienes vienen prestando el servicio actualmente, frente a quienes aspiran a participar en la licitación con una oferta que pueda resultar más ventajosa, pero que una licitación precipitada, accidentada y con plazos abreviados no permitiría preparar cabalmente.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que no comparte las consideraciones efectuadas por la recurrente por cuanto, de una parte, no resulta relevante si el riesgo de falta de cobertura contractual que motiva la urgencia es o no atribuible al órgano de contratación, y por otro, concurren las circunstancias previstas en el artículo 119 de la LCSP para su declaración. Asimismo, señala el informe al recurso que, además de la declaración de urgencia, consta en el expediente que el 30 de enero de 2024 fue publicado en el DOUE el anuncio de información previa sobre la licitación, y que el 7 de febrero de 2024 en el perfil del contratante se publicó la planificación anual de la Delegación Territorial en la que igualmente se incluye el contrato que nos ocupa, circunstancias estas que, de conformidad con lo establecido en el artículo 134.7 de la LCSP, permiten reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos, concretamente a 15 días según lo dispuesto en el artículo 156.3 a) de la LCSP, por lo que la finalidad pretendida con la declaración de urgencia no es la de reducir los plazos de presentación de ofertas y restringir la libre concurrencia, sino la de otorgar preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, y reducir a un plazo de cinco días la emisión de los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes.

Pues bien, este Tribunal entre otras muchas en sus Resoluciones 100/2016, de 6 de mayo y 270/2022, de 13 de mayo, tuvo la ocasión de manifestarse respecto de las declaraciones de urgencia, dado que en dichos supuestos las entonces recurrentes denunciaban que dichos actos obedecían a la falta de previsión de la Administración y a la inexistencia de circunstancias objetivas que justifiquen la urgencia. En este sentido, este Órgano señalaba la necesidad de partir del análisis del artículo 119 de la LCSP, que en lo que aquí concierne dispone en su apartado primero que: *«Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada.»*.

Del citado artículo 119.1 de la LCSP, se infiere que solo es posible declarar la urgencia del procedimiento de licitación, bien porque la licitación responda a una necesidad inaplazable, o bien cuando sea preciso acelerar la adjudicación del contrato por razones de interés público, siendo en todo caso necesario que la declaración de urgencia sea adoptada por el órgano de contratación y que la misma se justifique de forma motivada en alguna de las dos razones anteriores.



En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia 1229/2008, de 27 de febrero, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2008:1229), que en su fundamento de derecho segundo dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«(...) La tramitación urgente de los expedientes de contratación administrativa constituye una facultad de la Administración, de carácter excepcional, para el ejercicio de la cual han de concurrir los requisitos exigidos en el precepto transcrito. De una parte, se trata de una modalidad de contratación utilizable, bien cuando la necesidad del contrato sea inaplazable, o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, por lo que la concurrencia del hecho constitutivo de uno u otro de tales supuestos ha de resultar acreditada. El primero -necesidad inaplazable- comporta el que no se pueda esperar para la celebración del contrato porque exista un límite temporal impuesto por las circunstancias del caso, hecho que se ha de acreditar en el expediente, como es obvio. Y por mismo sucede con el segundo supuesto; han de concurrir las razones de interés público que hagan preciso, que exijan acelerar la adjudicación, que no la ejecución del contenido del contrato.

Por otro lado, el expediente ha de contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación. En primer lugar, dicha declaración no consiste en una simple formalidad, en que aparezca en el expediente una declaración en tal sentido; en segundo lugar ha de realizarla "el órgano de contratación"; (...). Pero además -y esto es lo fundamental- la susodicha declaración de urgencia ha de estar "debidamente motivada". Como es sabido, la motivación consiste en la explicación razonada y razonable del contenido del acto de que se trate. No se cumple, pues, con este requisito de los actos administrativos, esencial (en casos como el que nos ocupa) cuando deba ser motivado "en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa" artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), con una mera frase genérica del estilo de la utilizada en la mencionada resolución, pues la simple manifestación del "reconocido interés público" del expediente -carente de explicación alguna, por mínima que fuera- precedida de la expresión "se estima pertinente....." -mera opinión, no que resulte acreditado que sea necesario- "dar la mayor celeridad al expediente", cumplen con la función de la motivación de los actos administrativos mucho menos cuando, como el examinado, al ser además un acto discrecional, concurre en el mismo otra circunstancia que exige la motivación (artículo 54.1 . f) citado). (...).».

En el supuesto que se examina, es claro y evidente la necesidad de disponer de la manera más rápida posible del servicio de acogimiento residencial para menores que se encuentren bajo el nuevo modelo de cuidados y protección de la administración de la Junta de Andalucía, como queda explicitado en la declaración de urgencia y reproducido ut supra, en donde se afirma que la Administración autonómica, dentro de las competencias que tiene atribuidas en materia de protección de personas menores, asume la tutela de las declaradas en situación de desamparo, ejerciendo su guarda, adoptando una medida de protección mediante el acogimiento familiar o residencial, correspondiéndole asimismo la promoción de la guarda con fines de adopción, así como las funciones autonómicas en materia de adopción internacional, la gestión de los programas de estancia temporal de personas menores extranjeras, y cualquier otra forma de protección de la infancia y de la adolescencia.

Igualmente, es evidente la objetividad en la existencia de un interés público en acelerar el procedimiento de adjudicación del contrato, y ello por cuanto el actual se está prestando mediante fórmulas excepcionales de contratación como la prórroga prevista en el artículo 29 de la LCSP, y en mayor medida por la contratación de emergencia, que se alejan de los principios que deben presidir la contratación pública, ex artículos 1 y 132 de la LCSP, cuyo respeto se erige sin lugar a dudas en una cuestión de interés público. También, en el supuesto que se analiza, figura en la declaración de urgencia que la misma está suscrita por el órgano de contratación y que se motiva debidamente la necesidad inaplazable e ineludible de agilizar la tramitación de la presente licitación, adjudicando y formalizando el contrato en el plazo más breve posible.



Por último, no es posible afirmar como indica la recurrente que la tramitación de urgencia se haya debido a una falta de diligencia del órgano de contratación, cuando éste manifiesta en la mencionada declaración que circunstancias sobrevenidas y ajenas, derivadas de la demora en la obtención de la fuente de financiación del contrato, así como de la fijación de criterios para el establecimiento de unos precios homogéneos en todas las provincias andaluzas, han provocado un retraso excesivo e irrecuperable en la tramitación del nuevo procedimiento que ahora se inicia, dado que no se atisba que por parte de dicho órgano de contratación en la tramitación de la presente licitación y en la anterior, se haya pretendido retrasar el procedimiento con el objetivo de tramitarlo mediante el procedimiento de urgencia.

En todo caso, y sin perjuicio de la responsabilidad que se pudiera exigir a las eventuales personas responsables de la demora en la tramitación que denuncia la recurrente, ello no sería óbice para entender suficientemente justificada la tramitación urgente del procedimiento, ex artículo 119 de la LCSP, dada la necesidad y el interés público de prestarse el servicio que se licita con prontitud y adjudicarse respetando en la medida de lo posible los principios recogidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP.

A mayor abundamiento, en relación con la denuncia de la recurrente de que la tramitación de urgencia sustrae a las entidades licitadoras del plazo general para preparar una licitación no exenta de dificultad técnica, facilita la permanencia de quienes vienen prestando el servicio actualmente, no es posible compartirla. En este sentido, por un lado, como se ha analizado anteriormente, la declaración de urgencia no adolece de tacha de irregularidad alguna, y por otro lado, por mor de lo dispuesto en el artículo 119.2.b) 2º, que preceptúa que el plazo de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, circunstancia que concurre en el supuesto que se examina, solo se podrá reducir conforme a lo indicado en la letra b) del apartado 3 del artículo 156, que dispone que el plazo de presentación de ofertas no será inferior a quince días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación, cuestión ésta última que no ha sido denunciada por la recurrente, que se limita a afirmar en esencia que el procedimiento de urgencia favorece a la actual persona contratista.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo de recurso.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones sobre la denuncia de que el presupuesto base de licitación incumple lo establecido en los artículos 100.2, 100.1 y 102.3 de la LCSP.

Afirma la asociación recurrente que el presupuesto base de licitación incumple lo establecido en los artículos 100.2, 100.1, 102.3 y 130 de la LCSP, en relación con el artículo 122 de la citada LCSP. En este sentido, en síntesis, denuncia la recurrente: i) que determinados complementos salariales de aplicación no están previstos en los pliegos; ii) que las modificaciones normativas o técnicas que la empresa adjudicataria ha de asumir han de preverse en los pliegos; iii) que determinados gastos directos e indirectos han sido estimados de forma incorrecta; iv) que no se ha tenido en cuenta para el año 2026 y siguientes las tablas salariales contenidas en el V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores; v) que en los pliegos no se indica de forma detallada y desglosada el régimen laboral que le será aplicable a la figura del “Educador Social”; y vi) que se vulnera el artículo 130 de la LCSP.

Primera. Sobre determinados complementos salariales de aplicación no incluidos en los pliegos.

Al respecto, la recurrente cita y reproduce en parte los apartados 2 y 4.D del anexo I del PCAP y el apartado 8 de la memoria justificativa, tras lo cual afirma que conforme al IV Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, suscrito con fecha de 16 de diciembre de 2020 (código 99016175011900), en vigor al momento de anunciarse la licitación, no se han tenido en cuenta en los pliegos los complementos salariales de



antigüedad, nocturnidad y festividad, recogidos respectivamente en los artículos 63 a 65 -que reproduce- del citado Convenio.

En este sentido, repite el siguiente párrafo del apartado 4.D del anexo I del PCAP, relativo al compromiso de dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución: «**La Entidad adjudicataria además de cumplir, respecto de las personas trabajadoras vinculadas a la ejecución del contrato, las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo, deberá cumplir el Convenio Colectivo aplicable, respetando las condiciones que en él se establecen.** Igualmente, la Entidad gestora deberá promover la igualdad de género entre hombres y mujeres».

Asimismo, reproduce el último inciso del párrafo primero del apartado 8 de la memoria justificativa, en relación con la subrogación de personas trabajadoras, cuyo tenor es el siguiente: «A efectos de lo dispuesto en este apartado, esta Delegación Territorial facilitará a las empresas licitadoras la relación de personal adscrito al servicio, convenio colectivo de aplicación, categoría profesional, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad y pactos en vigor aplicables a los trabajadores».

Por último, del apartado 2 del citado anexo I del PCAP señala el siguiente párrafo: «**En relación con el coste de personal, se ha aplicado a todos los efectivos un trienio**, por ser requisito de solvencia técnica la experiencia. Las vacaciones se han contemplado para el personal educativo que debe garantizar la atención continuada. En los centros donde no se contempla la figura del director se ha aplicado un complemento de dirección para un miembro del personal técnico o educativo. Para el año no contemplados en el IV Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores se ha estimado un incremento anual del 2,5%, salvo en gastos de vivienda, que se ha elevado en un 3%». (en los tres casos la negrita y el subrayado es del recurso)

Sobre ello, indica la recurrente que no existe previsión alguna en los pliegos acerca de los complementos salariales de nocturnidad y festividad que sí se prevén en el Convenio colectivo de aplicación, sin que tampoco se diga nada de los complementos de antigüedad a percibir por aquellas personas trabajadoras que acumulen más de un trienio (hasta 78 personas trabajadoras). En este sentido, señala el recurso que un gran número de personas trabajadoras a subrogar acumulan ya, a fecha del anuncio de licitación más de un trienio, conforme se recoge en el anexo XVI del PCAP, relativo a la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a subrogar.

En definitiva, a juicio de la recurrente el presupuesto base de licitación no prevé el coste real de personal de aquellas personas trabajadoras cuya antigüedad acumule más de un trienio, con patente infracción de los artículos 100.2, 101.2 y párrafo segundo del 102.3, en relación con el artículo 122 de la LCSP, sin que tampoco establezcan los pliegos el modo de compensación o retribución de las horas festivas del personal que deba realizar su actividad laboral en los festivos previstos en el “Estatuto de los Trabajadores”.

Por último, en cuanto al complemento de nocturnidad, la recurrente cita y reproduce en parte el siguiente párrafo del citado apartado 4.D del anexo I del PCAP, cuyo tenor es el siguiente: «Se entiende jornada laboral completa a una jornada anual máxima de tiempo de trabajo efectivo de 1.722 horas y distribución semanal de 38,5 horas. En caso de modificación de la legislación laboral en esta materia se deberá estar a lo dispuesto en la misma», el apartado 1 de la cláusula 2.3.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), en el que se señala que desde todos los programas de acogimiento residencial se proporcionará a las personas menores las siguientes prestaciones básicas: «1. Atención integral al conjunto de sus necesidades básicas de alojamiento, salud, educación, vestuario, ocio y cultura que posibilite su adecuado desarrollo físico, psíquico y social, ejerciendo adecuadamente la función de guarda, en un ambiente de coeducación y respeto a la diversidad, afecto, comprensión y seguridad emocional y materna. Para ello, se les acompañará en la elaboración de su historia de vida» y el primer párrafo de la cláusula 2.4.2 del PPR, sobre el programa de atención residencial básica, que indica que: «Se trata del acogimiento residencial de carácter general



que incluye el abordaje de la diversidad desde una perspectiva integradora. La característica fundamental de este tipo de Programas es ofrecer a cada menor el alojamiento, la convivencia y la educación que precisa para su desarrollo integral, por el periodo necesario hasta que pueda producirse el retorno a su familia o la adopción de una medida integral familiar (acogimiento o adopción), todo ello en un ambiente normalizado lo más parecido posible a los núcleos familiares comunes (...)». (el subrayado es del recurso)

Tras lo cual la recurrente afirma en esencia que los pliegos nada establecen acerca del horario de las personas trabajadoras, por lo que no puede calcularse de antemano, cuál será el coste real de este complemento de nocturnidad, y ello a pesar de que el servicio a prestar es de carácter integral, por cuanto incluye alojamiento y función de guarda, por lo que necesariamente se habrán de realizar tareas en horario nocturno, no acreditándose en los pliegos de qué forma se distribuye ese horario nocturno ni cuánto personal habrá de realizar horas nocturnas (comprendidas entre las 22:00 y las 6:00 horas).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica en relación con el complemento de antigüedad, que el presupuesto base de licitación no asigna un trienio a cada persona trabajadora, sino que establece un promedio de un trienio por cada una de las personas trabajadoras de los centros que actualmente están desarrollando el trabajo y por los que, en un futuro, pueda incorporarse a las plantillas de cada una de las entidades adjudicatarias, y ello a mero efecto de determinar un precio por hora y plaza, que servirá para determinar, junto a otros costes, el presupuesto base de licitación; aludiendo acto seguido a la doctrina que reconoce la potestad discrecional de la que dispone el órgano de contratación para delimitar el objeto del contrato y sus características, y por ende, dimensionar la plantilla necesaria para su prestación.

En cuanto a los complementos de nocturnidad y de festividad, afirma el informe al recurso que *«el órgano de contratación carece de competencia para establecer el régimen de organización y funcionamiento de los centros, ni los protocolos o los programas de actuación de los centros, incluida la planificación del trabajo en el centro. Dichas competencias recaen en la Dirección de cada centro, en coordinación con el (sic) equipos técnicos y los equipos de atención educativa de cada centro. Así, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la mejor oferta, entre los criterios de adjudicación ponderables mediante un juicio de valor -apartado 8 del Anexo I del PCAP-, las entidades licitadoras deberán presentar un Proyecto integral, elaborado desde la perspectiva de género, para la ejecución del programa a desarrollar, que es el documento en el que se recogen tanto los principios que inspiran las actuaciones del equipo a nivel funcional y organizativo, como la intervención con las personas menores, incluyendo, entre otros documentos, un cronograma de las tareas a realizar, una metodología de las actuaciones, etc. En consecuencia, el órgano de contratación no está capacitado para el establecer los turnos de trabajo, ni el número de horas y ni de trabajadores con el que se realizarán el servicio los días festivos y los turnos en horario nocturno, ni cómo se distribuirán temporalmente dichos turnos, no pudiendo, por tanto, reflejar en el presupuesto base de licitación el importe de dichos complementos.»*

En este sentido, señala que, por otra parte, según el convenio aplicable (artículos 64 y 65), estos complementos podrán ser retribuidos, bien económicamente, bien con días compensatorios de descanso, siendo la propia empresa la que determinará el modo de compensación, tras lo cual manifiesta el informe al recurso a modo de conclusión que *«no parece lógico que se incluya en el PBL la cuantía económica correspondiente a estos complementos, por una parte, porque no es competencia de este Delegación Territorial establecer el sistema de turnos de trabajo ni los horarios (ya sean festivos o en horario nocturno), y por otra, si la empresa adjudicataria decide retribuir la realización de estos horarios con días compensatorios de descanso. No obstante lo anterior, y en cualquier caso, la empresa podrá compensar el incremento de los gastos aludidos con una eventual disminución del beneficio industrial.»*



Pues bien, este Tribunal, ha de poner de manifiesto en lo que aquí concierne que el último inciso del artículo 100.2 de la LCSP dispone que «*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, en cuanto al valor estimado, y por ende al presupuesto base de licitación, el primer inciso del primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP indica que «*En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial*». Igualmente, en el último párrafo de dicho artículo 101.2 de la LCSP se 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*». Por último, el párrafo segundo del artículo 102.3 de la LCSP establece 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*». (En todos los casos el subrayado es nuestro)

Teniendo en cuenta lo expuesto, y que además en el supuesto que se examina en el que la mano de obra no es solo relevante, sino que es el coste económico principal, no cabe la menor duda de que en el cálculo del presupuesto base de licitación, y por ende en el del valor estimado, deben tenerse en cuenta los costes laborales derivados del convenio colectivo sectorial de aplicación (v.g., entre otras muchas, Resolución 59/2023, de 27 de enero, de este Tribunal).

En este sentido, en el presente caso y en lo que aquí interesa, en el apartado 2 «Presupuesto base de licitación y precio del contrato» del anexo I del PCAP, se indica en el primer párrafo del subapartado «Sistema de determinación del precio» lo siguiente: «*Para la determinación del precio se han calculado los costes de personal, según IV Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Resolución de 4 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo) (BOE n.º 42, de 18 de febrero de 2021) (...)*», el mismo convenio al que se refiere la recurrente en su escrito de recurso, no siendo por tanto objeto de controversia que IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores es el convenio colectivo aplicable, y ello sin perjuicio de lo que se analizará más adelante con respecto al V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

Dicho IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (en adelante Convenio colectivo aplicable), en lo que aquí concierne dispone en sus artículos 63 a 65 lo siguiente:

«*Artículo 63. Antigüedad.*

Este complemento salarial y consolidable, se percibirá por cada trienio vencido. Todo el personal dependiente de este convenio tendrá derecho a percibir un trienio por la cantidad 16,24€ euros mensuales. El importe de cada trienio se hará efectivo en la primera nómina del mes siguiente de su vencimiento.

La fecha del cómputo de antigüedad será la de ingreso en la empresa, independientemente del tipo de contrato suscrito con el trabajador o trabajadora.

Artículo 64. Complemento de nocturnidad.

Este complemento salarial, no consolidable y de pago mensual, remunera el trabajo efectuado en turno de noche por el trabajador o trabajadora y tendrá una compensación económica del 10% sobre el salario base y complemento específico, en su caso, o bien, una reducción equivalente de su jornada en cómputo anual.



Se considerará trabajo nocturno toda aquella jornada realizada entre las 22:00 horas y las 6:00 horas abonándose a los trabajadores las horas proporcionales efectivamente realizadas.

Artículo 65. Complemento de festividad.

Para todo trabajador o trabajadora que desarrolle su actividad laboral en los festivos previstos en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores se establecerá, en calendario laboral, un día compensatorio de descanso, que se procurará que sea lo más cercano posible al día feriado que sustituye, y sin que dicho descanso pueda coincidir con el descanso semanal ni alterar el cómputo anual de la jornada ordinaria de trabajo. Adicionalmente, recibirá una compensación equivalente al 10% sobre el salario base y complemento específico. Para su devengo se entenderá el trabajo realizado en festivo desde las 00:00 hasta las 24:00 de dicho día, abonándose proporcionalmente a las horas efectivamente trabajadas. Este complemento se abonará a los trabajadores que realicen su jornada laboral en horario nocturno debiéndose de abonar junto con el de nocturnidad correspondiente.

En caso de que no fuese posible el establecimiento de una jornada compensatoria de descanso, tal y como establece el párrafo anterior, el trabajador o trabajadora que desarrolle su actividad laboral en dichos festivos percibirá el importe de las horas efectivamente trabajadas en festivo con un incremento del 75% sobre el valor de la ordinaria (salario base y complemento específico).».

Así las cosas, tales complementos de antigüedad, nocturnidad y festividad no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable, de modo que constituyen un coste laboral que en algunos de ellos no parece haberse tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato.

En cuanto al complemento de antigüedad, la recurrente indica que nada se dice en los pliegos respecto de aquellas personas trabajadoras que acumulen más de un trienio (hasta 78). En este sentido, señala el recurso que un gran número de personas trabajadoras a subrogar acumulan ya, a fecha del anuncio de licitación más de un trienio, conforme se recoge en el anexo XVI del PCAP, relativo a la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a subrogar.

Al respecto, lo primero que ha de tenerse en cuenta como ha puesto de manifiesto este Tribunal en multitud de ocasiones, es que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la ejecución de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 123/2017, de 9 de junio, 233/2018, de 2 de agosto, 335/2019, de 18 de octubre, 226/2020, de 2 de julio, 97/2021, de 20 de mayo, 221/2022, de 8 de abril, 225/2023, de 28 de abril y 41/2024, de 26 de enero, entre otras muchas). De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.

En efecto, a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores, no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos, y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior, que es lo que pretende la recurrente. En este sentido, una vez que opere la subrogación con la nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios.



Así, ha de entenderse razonable el argumento del órgano de contratación cuando en el informe al recurso señala que el presupuesto base de licitación no asigna un trienio a cada persona trabajadora, sino que establece un promedio de un trienio por cada una de las personas trabajadoras de los centros que actualmente están desarrollando el trabajo y por los que, en un futuro, puedan incorporarse a las plantillas de cada una de las entidades adjudicatarias, sin que por la recurrente se acredite que el complemento de antigüedad previsto en el presupuesto base de licitación sea insuficiente para la ejecución del presente contrato.

Respecto a los complementos de nocturnidad y festividad afirma la recurrente en esencia que nada se dice de ellos en los pliegos. Por su parte, el órgano de contratación confirma de algún modo en el informe al recurso que no ha tenido en cuenta dichos complementos en la elaboración del presupuesto base de licitación. En efecto, como se ha reproducido anteriormente el informe al recurso indica expresamente que *«no parece lógico que se incluya en el PBL la cuantía económica correspondiente a estos complementos, por una parte, porque no es competencia de este Delegación Territorial establecer el sistema de turnos de trabajo ni los horarios (ya sean festivos o en horario nocturno), y por otra, si la empresa adjudicataria decide retribuir la realización de estos horarios con días compensatorios de descanso»*.

En este sentido, si bien es cierto como señala el informe al recurso que la Delegación Territorial no es competente para establecer el sistema de turnos de trabajo ni los horarios (ya sean festivos o en horario nocturno), no es menos cierto que no solo es competente para elaborar el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato, sino que es su obligación conforme a los citados artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, teniendo en cuenta los costes laborales derivados del convenio colectivo sectorial de aplicación en los términos analizados anteriormente, debiendo estimar en el cálculo del presupuesto base de licitación, entre otros, los costes derivados de la aplicación de los complementos de nocturnidad o festividad, ya sea retribuido económicamente a las personas trabajadoras o compensadas con descanso, dado que en este último caso habría que utilizar una persona sustituta que evidentemente tiene un coste.

En definitiva, los complementos de nocturnidad y festividad no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable, de modo que constituyen un coste laboral que no se ha tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación.

Por último, en cuanto a la afirmación del órgano de contratación en el informe al recurso, relativa a que en cualquier caso la empresa podrá compensar el incremento de los gastos aludidos con una eventual disminución del beneficio industrial, será objeto de análisis más adelante.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el presente motivo de recurso en cuanto a los complementos de nocturnidad y festividad.

Segunda. Sobre que las modificaciones normativas o técnicas que la empresa adjudicataria ha de asumir han de preverse en los pliegos.

Al respecto, reproduce la asociación recurrente la cláusula 11 del PPT, relativa a las modificaciones normativas o técnicas, que señala lo siguiente: **«Durante la vigencia del contrato, la entidad adjudicataria estará obligada a aceptar las consecuencias derivadas de las modificaciones normativas o técnicas que puedan afectar a las condiciones establecidas en cualquiera de los documentos contractuales. En lo no previsto en el presente pliego de prescripciones técnicas, se estará en lo que la normativa que le resulte de aplicación disponga.»**. (la negrita y el subrayado es del recurso)



En este sentido, afirma la recurrente que esta cláusula del PPT implica que, en caso de acontecer alguna modificación normativa durante la ejecución del contrato, estas habrían de ser aceptadas y asumidas por la propia entidad adjudicataria, con independencia de suponer una modificación de las condiciones del contrato originario, lo que es contrario a la LCSP ya que, de conformidad con lo establecido en tal norma, las posibles modificaciones han de ser previstas en los pliegos.

Por su parte, el informe al recurso señala que «son numerosas las resoluciones de tribunales, valga a título de ejemplo la Resolución n.º 32/2022 del Órgano Administrativo Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuando afirma que la empresa adjudicataria no puede pretender que el presupuesto base de licitación se calcule teniendo en cuenta “el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros”; ya que ello iría en contra del principio de riesgo y ventura, “que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial”; concluyendo que el contratista debe asumir los riesgos inherentes a la ejecución del contrato, incluyendo los posibles incrementos salariales producto de la negociación colectiva o de modificaciones normativas.».

En el análisis de la presenta denuncia de la recurrente, este Tribunal estima necesario reproducir en parte la cláusula 22 del PCAP, relativa a la modificación del contrato. Dice así en lo que aquí concierne:

«1. El contrato solo podrá ser modificado por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en los artículos 203 a 207 de la LCSP.

En el Anexo I-apartado 14 se indicará la posibilidad o no de modificación del contrato (...). Estas modificaciones no podrán suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato ni alterar la naturaleza global del contrato conforme al apartado 2 del artículo 204 de la LCSP.

En todo caso, se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato si se sustituyen los servicios que se van a prestar por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya algún servicio puntual.

Las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación se establecen en el artículo 205.2 de la LCSP. A los efectos de la modificación de los contratos prevista en la letra b) del apartado 2 de dicho artículo, se considerarán circunstancias sobrevenidas imprevisibles las modificaciones de la programación europea vigente que tengan incidencia sobre el objeto del contrato.

2. El procedimiento a seguir para efectuar la modificación del contrato será el siguiente: (...).

Las modificaciones que se acuerden deberán, en todo caso, asegurar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. (...).

3. Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para la persona contratista y deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP. (...).

4. Las modificaciones no previstas en los pliegos o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204 de la LCSP, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del artículo 205 de la LCSP y que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.



En estos supuestos las modificaciones acordadas serán obligatorias para las personas contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido. En caso contrario, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de acuerdo con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211 de la LCSP.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato.

5. En el caso de contratos en función de necesidades regulados en la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP (...).».

Por su parte, el apartado 14 del anexo I del PCAP al que se remite la reproducida cláusula 22 indica que sí existe la posibilidad de modificación del contrato, estableciendo como causas de modificación del contrato las siguientes: «Según lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública, para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, será causa de modificación del presente contrato la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria, acordadas por los órganos de gobierno o legislativos competentes, que provoquen la reducción de la financiación prevista en el documento contractual». Y como alcance y límites de la modificación dicho apartado 14 señala los siguientes: «• El precio del contrato se modificará a la baja en el mismo porcentaje en que se reduzca su financiación, sin perjuicio del límite porcentual a partir del cual operará la cláusula de resolución incluida en el presente pliego. Consecuentemente, se reducirán o modificarán proporcionalmente las obligaciones de la persona contratista. • Porcentaje máximo del precio del contrato al que pueda afectar: 19,99 %. • El contrato se podrá modificar al alza con un límite del 19,99% en caso de resultar necesario ante imprevistos ocasionados por fenómenos migratorios de personas menores de edad no acompañadas. • El contrato se podrá modificar a la baja con un límite del 19,99% en caso de que las plazas no se encuentren ocupadas por un periodo superior a tres meses.».

Por último, de una forma bastante irregular el PPT en su cláusula 11 dispone lo siguiente:

«11. MODIFICACIONES NORMATIVAS O TÉCNICAS

Durante la vigencia del contrato, la entidad adjudicataria estará obligada a aceptar las consecuencias derivadas de las modificaciones normativas o técnicas que puedan afectar a las condiciones establecidas en cualquiera de los documentos contractuales.

En lo no previsto en el presente pliego de prescripciones técnicas, se estará en lo que la normativa que le resulte de aplicación disponga.».

Pues bien, en cuanto a las modificaciones normativas, únicas a las que hace referencia la recurrente de las previstas en dicha cláusula 11 del PPT, la interpretación más razonable es entender que las mismas para su incorporación en la presente contratación han de ser aprobadas por el órgano de contratación en los términos recogidos en la citada cláusula 22 de PCAP y en los artículos 204 y 205 de la LCSP.

A mayor abundamiento, no obstante, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su recomendación de 10 de diciembre de 2018, señala que: «A la inmutabilidad del contrato debe añadirse como premisa esencial propia de los contratos públicos la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato. Así lo declara el Artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando señala que “La ejecución del contrato



se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239.º La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato. (...) Esta misma sentencia nos recuerda que la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación».

Indica dicha recomendación además que: «(...) en este tipo de contratos no cabe con carácter general la revisión de precios ni tampoco la modificación no prevista del contrato a instancia del contratista. También hemos sentado que el incremento de los costes de la mano de obra derivados del convenio colectivo forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar. Por tanto, en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada».

Alude, igualmente la mencionada recomendación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, la cual expresa que: «(...) el principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

Pero como también declara el Alto Tribunal, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esto no implica, según la Jurisprudencia, que toda alteración del justo equilibrio de las prestaciones del contrato dé derecho al contratista a solicitar que se establezca la situación exacta bajo la que se firmó el contrato, sino que ello únicamente cabrá en los casos antes expuestos y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que han de verificarse caso por caso. Más allá de tales casos "el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

Partiendo de lo anterior, concluye la Junta Consultiva que: «(...) una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado. No parece que la variación de las circunstancias derivadas de la negociación colectiva laboral deba ser soportada o absorbida por la entidad contratante pues esto no es un imperativo legal (...), por lo que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato, y que en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética



negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada. (...)

Pero como también declara el Alto Tribunal, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esto no implica, según la Jurisprudencia, que toda alteración del justo equilibrio de las prestaciones del contrato dé derecho al contratista a solicitar que se establezca la situación exacta bajo la que se firmó el contrato, sino que ello únicamente cabrá en los casos antes expuestos y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que han de verificarse caso por caso. Más allá de tales casos el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Tercera. Sobre que determinados gastos directos e indirectos han sido estimados de forma incorrecta.

Inicia la asociación recurrente el presente motivo de recurso reproduciendo, además del párrafo referido a los costes de personal, los que se refieren a otros gastos directos y a los gastos indirectos, contenidos todos ellos en el citado apartado 2 del anexo I del PCAP, que para calcular dichos gastos acude el órgano de contratación a la encuesta de presupuestos familiares (EPF) del Instituto Nacional de Estadística (INE) del año 2022, sin tener en cuenta que el 27 de junio de 2024 (antes de publicarse el anuncio de licitación el 3 de octubre de 2024) se publica por el INE la EPF correspondiente al año 2023, lo que supone que el órgano de contratación no se ajusta a la realidad, a la hora de calcular los costes directos e indirectos, pues emplea datos desactualizados.

Acto seguido, señala que el gasto en vivienda que refleja el presupuesto base de la Licitación (3%) es inadecuado y no se ajusta a la realidad, por cuanto no toma en cuenta la tasa de variación anual del Índice de Precios de Vivienda (IPV) actualizada por el INE al 7,8%, a fecha 5 de septiembre de 2024, y por tanto antes de la publicación del anuncio de licitación.

Asimismo, en relación al concepto de otros gastos directos y tomando como ejemplo el lote 5, manifiesta que la previsión de gastos del pliego desde 2024 a 2028 es totalmente lineal y fija, sin que se tengan en cuenta las actualizaciones conforme al incremento de precios al consumo (IPC), ni las previsiones de la encuesta de presupuestos familiares. En este sentido indica que, si se toma la evolución del gasto medio en alimentación por hogar en España en los últimos años según el INE, se puede apreciar una evolución creciente y constante del gasto medio en hogar de alimentación, sin que sea posible advenir que este gasto se haya mantenido un concreto intervalo sin producirse alteración alguna, de ahí que sea totalmente irreal el presupuesto fijado por el órgano de contratación.

Concluye la recurrente afirmando que las previsiones de evolución del IPC no contemplan que este se vaya a mantener fijo en los próximos años, lo que determina en última instancia que tanto los costes directos como los indirectos (incluidos los gastos de luz, gas, agua y telefonía), deberán ser actualizados conforme a la variación que experimente el IPC en cada uno de esos años, no pudiendo fijarse un presupuesto base de licitación sin tener en



cuenta las posibles actualizaciones del IPC, habida cuenta del desajuste de costes que tal circunstancia puede acarrear.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe al recurso indica que «los datos del índice utilizado para la elaboración del presupuesto base de licitación estaba actualizado (era el vigente) en la fecha de terminación de elaboración de los pliegos y remisión al órgano competente para la aprobación del gasto. La publicación de la actualización del informe a que se refiere la entidad recurrente tiene lugar el día 5 de septiembre de 2024, una vez remitido los pliegos, junto con el resto del expediente, al Servicio de Coordinación de la Viceconsejería de Inclusión Social, Juventud Familias e Igualdad, para su tramitación y posterior aprobación del gasto por el Consejo de Gobierno. Los artículos 100.2 y 102.3 de la Ley 9/2017 señalan que el precio de mercado al que hay que atender es el correspondiente al momento en que se estima y fija el presupuesto base de licitación. Por tanto, tal y como dispone dicho texto legal, la determinación del presupuesto se ha realizado atendiendo al precio de mercado existente y conocido “en el momento de fijar el presupuesto base de licitación”, a partir del convenio laboral de referencia en dicho momento.».

A continuación, respecto a la actualización del precio de determinados costes directos (alimentación, ocio, transporte, vestuario, etc.), señala el informe al recurso que se realiza un promedio de gasto mensual (en algún caso es diario) para cada persona menor de edad, y que este importe se hace extensible a todo el periodo de vigencia del contrato, por lo que resulta evidente que habrá meses en que se agotará dicho importe (resultando insuficiente), pero que se compensará con otros meses en los que no se superará este gasto. Asimismo, en el caso de los gastos de vivienda se establecen revaloraciones anuales del 3% previstas en los presupuestos, que garantizan la adecuación de su cuantía a los precios de mercado.

En todo caso, concluye el informe al recurso que, si la recurrente no considera adecuado el presupuesto, es ella la que tiene que acreditar que la estimación a los precios del convenio colectivo no son adecuados o son insuficientes para la ejecución del contrato, no quedando a su juicio acreditada esta circunstancia, por lo que considera que debe ser desestimada dicha alegación.

Pues bien, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 281/2022, de 20 de mayo, 8/2023, de 13 de enero y 146/2024, de 9 de abril, ha afirmado que el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para elaborar el presupuesto base de licitación y el cálculo del valor estimado del contrato, y por tanto de la aplicación del convenio colectivo laboral de referencia, ha de ser el referido al momento del envío del anuncio o en caso de que no se requiera tal anuncio, al momento de inicio del procedimiento de adjudicación.

En efecto, de conformidad con lo previsto en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato, han de adecuarse a los precios de mercado en el momento de su elaboración por el órgano de contratación (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 400/2019, de 28 de noviembre, 50/2020, de 14 de febrero, 224/2020, de 2 de julio, 237/2020, de 9 de julio, 253/2021, de 24 de junio 8 y 107/2022, de 11 de febrero). En este sentido, los órganos de contratación han de fijar el presupuesto base de licitación y contemplar en el mismo los costes laborales que resulten de aplicación conforme al convenio colectivo que rija en el momento de elaboración del citado presupuesto (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 226/2020, de 2 de julio y 503/2021, de 25 de noviembre).

Al respecto, en lo que aquí interesa y respecto de la determinación de cuál es el momento de la elaboración del presupuesto base de licitación, el artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.



En el supuesto que ahora se examina, la fecha de referencia que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto base de licitación, y por ende, del valor estimado del contrato es la de 2 de octubre de 2024, fecha en la que se envió el anuncio de licitación al DOUE, por lo que teniendo en cuenta que la EPF elaborada por el INE fue publicada el 27 de junio de 2024 y la tasa de variación anual del IPV elaborada, asimismo, por el INE se publicó el 5 de septiembre de 2024, circunstancias ambas no cuestionadas por el órgano de contratación en el informe al recurso, ha de darse la razón a la asociación recurrente cuando afirma que determinados gastos directos e indirectos no han sido estimados teniendo en cuenta la actualización de los datos citados.

No obstante, lo anterior, como se indica en el informe al recurso si la asociación recurrente no considera que los denominados por los pliegos otros gastos directos y los indirectos no han sido calculados de forma correcta, es ella la que tiene que acreditar que la estimación de dichos costes no es adecuada o es insuficiente para la ejecución del contrato, no quedando a su juicio acreditada esta circunstancia, por lo que considera que debe ser desestimada dicha alegación.

En efecto, partiendo de que el cálculo de los denominados por los pliegos otros gastos directos y los indirectos han sido estimados por el órgano de contratación partiendo de unos datos que no están actualizados, ello no supone que necesariamente su importe sea insuficiente para ejecutar la prestación, cuestión esta que no ha sido analizada por la asociación recurrente que se limita a manifestar, además de que se parte de datos desactualizados, la imposibilidad de que dichos costes no aumenten conforme al IPC a lo largo de los años, que tampoco acredita con ello la insuficiencia del presupuesto base de licitación, pues nada obsta a que dichos gastos anuales puedan ser estimados como la media del total de años de duración del contrato. En este sentido, ha de recordarse que la carga de la prueba corresponde a la recurrente, así lo prevé el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil al disponer que «*Corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (...)*».

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Cuarta. Sobre que no se ha tenido en cuenta para el año 2026 y siguientes las tablas salariales contenidas en el V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

En este sentido, la asociación recurrente señala que el 19 de septiembre de 2024 se lleva a cabo el acta de firma de la mesa negociadora del V Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, que se registra y deposita el 23 de septiembre de 2024, estando pendiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), extremo éste del que manifiesta que tiene sobrado conocimiento el órgano de contratación. Dicho V Convenio colectivo entrará en vigor el 1 de enero de 2026, de tal forma que el órgano de contratación a la hora de calcular los salarios correspondientes a la plantilla del año 2026 y siguientes, así como el presupuesto base de licitación, debería haber tenido en cuenta las tablas salariales contenidas en dicho V Convenio colectivo (lo mismo cabe decir para el supuesto de que se apruebe una prórroga del citado contrato en años posteriores), por lo que la redacción de los pliegos debería ajustarse, en todo caso, a lo establecido en dicho convenio, sin que sea posible alegar, por parte del órgano de contratación, el desconocimiento de su existencia por el mero hecho de no haberse publicado en el BOE.

Por su parte, el informe al recurso manifiesta que la propia asociación recurrente admite que el V Convenio colectivo aún no se ha publicado en el BOE (por tanto, carece de eficacia); además el ámbito de aplicación temporal del mismo surte efectos a partir del día 1 de enero de 2026 (fecha de entrada en vigor del mismo). Por tanto, en su razonamiento va incluido nuestro argumento de descargo.



Pues bien, para el análisis de la presente controversia este Tribunal ha de remitirse a la expuesto en la consideración tercera del presente fundamento de derecho que ha de darse por reproducida. En este sentido, entre otras, en sus Resoluciones 281/2022, de 20 de mayo, 8/2023, de 13 de enero y 146/2024, de 9 de abril, este Órgano ha afirmado que el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para elaborar el presupuesto base de licitación y el cálculo del valor estimado del contrato, y por tanto de la aplicación del convenio colectivo laboral de referencia, ha de ser el referido al momento del envío del anuncio o en caso de que no se requiera tal anuncio, al momento de inicio del procedimiento de adjudicación.

En efecto, de conformidad con lo previsto en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato, han de adecuarse a los precios de mercado en el momento de su elaboración por el órgano de contratación (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 400/2019, de 28 de noviembre, 50/2020, de 14 de febrero, 224/2020, de 2 de julio, 237/2020, de 9 de julio, 253/2021, de 24 de junio 8 y 107/2022, de 11 de febrero). En este sentido, los órganos de contratación han de fijar el presupuesto base de licitación y contemplar en el mismo los costes laborales que resulten de aplicación conforme al convenio colectivo que rija en el momento de elaboración del citado presupuesto (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 226/2020, de 2 de julio y 503/2021, de 25 de noviembre).

Al respecto, en lo que aquí interesa y respecto de la determinación de cuál es el momento de la elaboración del presupuesto base de licitación, el artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.

En el supuesto que ahora se examina, la fecha de referencia que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto base de licitación, y por ende, del valor estimado del contrato es la de 2 de octubre de 2024, fecha en la que se envió el anuncio de licitación al DOUE, por lo que resta por determinar a partir de dicha premisa cuál es el convenio colectivo sectorial de aplicación, ex artículos 100.2, 102.2 y 103.2 de la LCSP, y la vigencia del mismo en ese momento.

Pues bien, en el presente caso, el convenio sectorial de aplicación es el Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. La cuestión es determinar si el vigente a efectos del cálculo del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato, a partir del 1 de enero de 2026, es el IV Convenio que se recoge en los pliegos y confirma el órgano de contratación en su informe al recurso o el V Convenio alegado por la recurrente, que según manifiesta el 19 de septiembre de 2024 se llevó a cabo el acta de firma de la mesa negociadora y se registró y depositó el 23 de septiembre de 2024, estando pendiente de su publicación en el BOE.

Al respecto, en lo que aquí concierne, el artículo 86.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, dispone que *«La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.»*

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.»



Por su parte, el artículo 90.4 del citado ET indica que «El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes.».

Así las cosas, en aplicación del artículo 90 del ET, en relación con el artículo 86.3 de dicho texto legal, un acuerdo que no ha sido presentado ante la autoridad laboral ni registrado ni publicado en el diario oficial correspondiente tendrá el carácter de extraestatutario, por lo que solo podrá ser aplicado en aquellos centros de trabajo que se rijan por convenios que hayan perdido su vigencia o que no tengan incorporada regulación sobre la materia concreta objeto del acuerdo extraestatutario.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia 1057/2016, de 14 de diciembre de 2016, de la Sección 1 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Recurso 17/2016, que en su fundamento quinto señala lo siguiente:

«1.- (...) Sostiene [la mercantil recurrente] que debió la sentencia recurrida haber mantenido la eficacia y vigencia del pacto en su total integridad, pues el acuerdo había sido adoptado por los sujetos legitimados y no resultaba necesario su depósito y registro, insistiendo en que el acuerdo alcanzado tenía la naturaleza de convenio estatutario.

Al respecto, conviene recordar que la previsión contenida en el artículo 90.2 ET según la que «Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito» se encuentra desarrollada en el RD 713/2010, de 28 de mayo sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. En su artículo 2.1. a) dispone que «Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles: a) Los convenios colectivos de trabajo elaborados conforme a lo establecido en el título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las revisiones salariales que se realicen anualmente en los convenios plurianuales y las motivadas por aplicación de las cláusulas de «garantía salarial», las modificaciones y las prórrogas de los convenios». Dado de que no cabe ninguna duda de que los acuerdos concertados al amparo del artículo 86.3, párrafo segundo, ET son acuerdos que modifican el convenio o los convenios que se pretenden renovar o sustituir durante la negociación del nuevo convenio y que, consecuentemente, son acuerdos de modificación de convenios, la consecuencia lógica es que, de conformidad con la norma reglamentaria que no contradice ningún precepto legal, tales acuerdos deben ser objeto de inscripción en los registros de las autoridades laborales. Pesa sobre las partes firmantes la obligación de presentación de tales acuerdos ante la autoridad laboral a los efectos de su depósito y registro; sin que la fuerza de los anteriores argumentos pueda ser contradicha por los razonamientos que efectúa la recurrente en torno a que el acuerdo era suficientemente conocido en la empresa.

2.- La jurisprudencia de la Sala es constante en exigir para que el convenio pueda ser declarado estatutario que se cumplan las exigencias de depósito ante la Autoridad laboral exigidas por el artículo 90 ET y desarrolladas en el mencionado RD 713/2010, de 28 de mayo. Con independencia de razones ligadas a la literalidad de las normas reseñadas, la naturaleza normativa exige la publicidad oficial del instrumento convencional llamado a regular con efectos erga omnes algunos aspectos de las relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación.

Como pone de relieve la sentencia recurrida, la falta de publicación no significa la pérdida absoluta de eficacia del convenio, ya que no es requisito esencial para su validez, pues el artículo 90 ET sólo sanciona con la nulidad los convenios que no se hayan efectuado por escrito. Por ello, existiendo forma escrita, la ausencia de publicación debida a la inactividad de las partes que no presentan el acuerdo suscrito a la Autoridad Laboral -incumpliendo así la obligación impuesta legal y reglamentariamente- lo único que conlleva es privar al convenio o acuerdo pactado de su fuerza normativa general, es decir, de su carácter estatutario; pero no le priva de aquella fuerza que le es propia y que



surge de la voluntad negocial de las partes interesadas, pues aún considerado como extraestatutario tiene eficacia entre las partes.

Nos encontramos, por tanto, ante un Acuerdo que no merece el calificativo de convenio estatutario, sino extraestatutario porque no fue registrado por la autoridad laboral, ni publicado en periódico oficial, relevante cuando se trata de acuerdos colectivos vencidos y denunciados, según la doctrina de esta Sala, sentada, entre otras, en nuestras sentencias de 6 de octubre de 2009 (Rec. 3012/2008), de 19 de enero de 2011, (Rec. 85/2010), de 9 de marzo de 2011 (Rec. 118/2010), de 23 de octubre de 2012 (Rec. 594/2012) y de STS de 22 de julio de 2013 (Rec. 106/2012).

3.- La consecuencia del carácter extraestatutario del acuerdo logrado que deriva, exclusivamente, de su falta de depósito y registro, -falta que, por otro lado, sólo a las partes firmantes es imputable-, implica que tal acuerdo no pueda disponer válidamente de las previsiones de los convenios colectivos estatutarios que, denunciados y en fase de ultraactividad, seguían aplicables en los centros de trabajo de la empresa. Por ello, con acierto, la sentencia combatida únicamente anuló el párrafo del acuerdo que dejaba sin efecto las previsiones de los convenios estatutarios que se pretendían sustituir relativas a las materias que el propio acuerdo regula; manteniendo la validez de todo lo demás, en el bien entendido de que tal validez tendrá la eficacia propia de los convenios extraestatutarios. Por ello, el acuerdo podrá ser aplicado en aquellos centros de trabajo que se rijan por convenios que hayan perdido su vigencia o que no tengan incorporada regulación sobre distribución irregular de la jornada o disponibilidad horaria en aplicación del apartado 2 del artículo 34 ET que establece que, en defecto de convenio, por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, podrá establecerse la distribución irregular de la jornada.» (el subrayado es nuestro)

En definitiva, la falta de depósito y publicación en el diario oficial correspondiente del acuerdo impide que el mismo tenga carácter estatutario, por lo que no puede afectar a aquellos convenios que, estando en régimen de ultraactividad legal o convencional, regulen las materias que el acuerdo impugnado establece, circunstancia esta de falta de publicación en el diario oficial correspondiente que acontece en el supuesto examinado al no haber sido objeto el V Convenio de publicidad en el BOE.

Por tanto, en el presente caso, el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio del contrato a partir del 1 de enero de 2026, han de haberse elaborados teniendo en cuenta el IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, por lo que no es posible dar la razón a la asociación recurrente.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Quinta. Sobre que en los pliegos no se indica de forma detallada y desglosada el régimen laboral que le será aplicable a la figura del “Educador Social”.

Al respecto, afirma la recurrente que la información suministrada para este tipo de persona trabajadora es insuficiente, lo que contradice, a todas luces, la importancia que dicha figura ostenta en la prestación de servicios de esta índole, esto es la previsión laboral de este personal necesariamente habría de ser más exhaustiva, sobre todo para tener cubierta la posibilidad de posibles sustituciones. En este sentido, si se acude a las tablas de subrogación la categoría profesional que más se repite, es precisamente la del “Educador Social”, por lo que los pliegos deberían poner el énfasis en esta figura, sobre todo teniendo en cuenta el desequilibrio económico que puede producir una cobertura presupuestaria insuficiente o no totalmente previsorio de posibles contingencias. Sobre ello, indica la recurrente que en los pliegos no se contemplan los días de asuntos propios, vacaciones (de forma desglosada), días de baja médicas o ausencias justificadas (debido a motivos familiares tales como cuidado



de hijos o enfermedades de familiares), no estableciendo el presupuesto base de licitación previsión económica que cubra estas contingencias ni, por ende, las posibles sustituciones que se hayan de afrontar.

En definitiva, a su entender, el presupuesto fijado para la figura del “Educador Social” es insuficiente, debido a los motivos expuestos.

Por su parte, el informe al recurso no emite parecer alguno al respecto.

Sobre ello, este Tribunal, en el análisis de la presente denuncia de la recurrente de lo expuesto sobre el particular en el apartado 2 «Presupuesto base de licitación y precio del contrato» del anexo I del PCAP. En concreto, dentro del subapartado «Sistema de determinación del precio», en lo que aquí concierne en su sexto párrafo se indica que «Con base en esos parámetros, detallados en la memoria del artículo 116 de la LCSP, se ha determinado el precio/plaza/día. En el caso de la plaza no ocupada el coste se ha calculado teniendo en cuentas los gastos de personal y los gastos directos:», tras lo cual constan tres tablas correspondientes respectivamente a los años 2024, 2025 y 2026, en cada una de las tablas figura el desglose por categoría profesional del coste total empresarial para cada una de dichas categorías, señalándose para la de “Educador” lo siguiente:

AÑO	CATEGORIA	BASE	ANTIGUEDAD	COMP ESPECÍFICO	PRORRATA EXTRA	S.BRUTO/ MES	SEG. SOCIAL	COSTE EMP TOTAL
2024	EDUCADORES	1.321,63	32,48	211,93	261,01	1.827,05	602,93	2.429,97
2025	EDUCADORES	1.326,63	32,48	251,80	268,49	1.879,40	620,20	2.499,60
2026	EDUCADORES	1.359,80	32,48	258,10	275,06	1.925,43	635,39	2.560,83

De lo expuesto se constata, que los importes que aparecen como salario base, antigüedad y complemento específico coinciden con las previstas en el Convenio colectivo aplicable, sin que figure tal y como afirma la asociación recurrente para la categoría de “Educador” la estimación del absentismo, según el recurso interpuesto los días de asuntos propios, vacaciones, días de baja médica o ausencias justificadas, sin que tampoco conste la previsión económica de su coste y de las posibles sustituciones.

En cuanto al nivel de desglose del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato, disponen los dos primeros incisos del artículo 100.2 de la LCSP 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», es decir que el desglose lo ha de ser en costes directos, costes indirectos y en otros eventuales gastos calculados para su determinación. En este sentido, es evidente lo incompleto de la regulación del nivel de desglose recogido en dicho artículo, pues introduce un concepto indeterminado, esto es otros eventuales gastos calculados para su determinación, al no especificar cuáles son esos otros gastos. Debe acudirse para colmar dicha norma al primer párrafo del apartado 2 del artículo 101 de la LCSP, que dispone que «En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial».

Así pues, de la lectura conjunta de ambas normas es posible entender que el nivel de desglose del presupuesto base de licitación y, por ende, de valor estimado del contrato sería: costes directos, costes indirectos, gastos generales de estructura y beneficio industrial. Dicho desglose coincide con el recogido, aunque para el contrato de obras, en el artículo 131 del RGLCAP.



Asimismo, debe determinarse dentro de cada tipo de gastos cuál es el nivel de desglose que exige la normativa contractual. Al respecto, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 136/2022, de 18 de febrero y 451/2022, de 22 de septiembre, ha puesto de manifiesto que los artículos 100 y 101 de la LCSP no obligan a un desglose individualizado de los costes directos e indirectos y de los gastos generales de estructura.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, el último inciso del artículo 100.2 de la LCSP afirma que 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 los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, lo que unido a lo señalado en el primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP que dispone que deberán tenerse en cuenta los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, supone que el desglose individualizado de los costes que conforman el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato deberá realizarse de tal modo que permitan constatar, por las potenciales entidades licitadoras, los costes laborales estimados a partir del convenio laboral de referencia, esto es, la correcta aplicación de las normativas laborales vigentes (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 215/2022, de 8 de abril, 98/2023, de 15 de febrero, 365/2023, de 14 de julio, 641/2023, de 15 de diciembre, 30/2024, e 19 de enero y 69/2024, de 9 de febrero).

Al respecto, las referencias que hace la asociación recurrente a los días de asuntos propios, vacaciones, días de baja médica o ausencias justificadas vienen recogidas en el Convenio colectivo aplicable. En concreto los días de asuntos propios en su artículo 77.1.k), las vacaciones en el artículo 57 y los días de baja médica y asistencia justificada en los artículos 77 y 78.

Así las cosas, las vacaciones y las citadas licencias no son discutibles en cuanto a su retribución, salvo las licencias no retribuidas, porque las contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable de modo que constituyen un coste laboral, incluidas las posibles sustituciones, que no consta que se haya tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Sexta. Sobre que en la licitación que se examina se vulnera el artículo 130 de la LCSP.

La recurrente tras reproducir el apartado 1 del artículo 130 de la LCSP, señala que dicho precepto no puede entenderse al margen de las previsiones indicadas en los artículos 100, 101 o 102.3 de la propia LCSP, en relación con el artículo 122, relativas a la determinación fidedigna de todos los aspectos económicos y técnicos que se han de tener en cuenta a la hora de cuantificar correctamente todos los costes derivados de la ejecución del contrato. Acto seguido, tras citar y reproducir en parte el informe 33/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la Resolución 969/2012, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma que *«para cumplir el art. 130 de la LCSP los pliegos debieron haber tenido en cuenta el V Convenio Colectivo ya firmado, así como haber proporcionado la jornada laboral de cada trabajador a subrogar, con desglose de las horas de nocturnidad de cada uno de ellos.»*.

Por su parte, el informe al recurso indica que la recurrente reitera el incumplimiento de los pliegos por no haber tenido en consideración el V Convenio colectivo que, como es sabido, ni ha sido publicado en el BOE, ni se encuentra en vigor (el inicio de su vigencia es el 1 de enero de 2026), por lo que refutamos sus argumentos, remitiéndonos a lo informado en apartados anteriores.



Pues bien, en cuanto a las consideraciones de este Tribunal, éstas han de partir de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Su tenor es el 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.». (el subrayado es nuestro)

En el supuesto que se examina, dicha información se contiene en el anexo XV del PCAP. En él, por lotes, salvo en el 3 que se indica que no hay personal a subrogar por ser de nuevo creación, se aporta la siguiente información: la identificación por sus iniciales de cada persona que puede ser objeto de subrogación, el convenio colectivo que le es de aplicación, la categoría laboral o profesional, el tipo de contrato, la jornada laboral en horas semanales, la fecha de antigüedad, el vencimiento del contrato en su caso, el salario bruto anual y la base de cotización mensual. En cuanto al tipo de contrato, en los lotes 4 y 11 la referencia aparece mediante codificación numérica, entre otros, los códigos 100, 189, 200 y 289; y en el resto de los lotes su identificación lo es por expresiones en letras, entre otras, indefinido, sustitución, eventual y temporal.

Así las cosas, en el anexo XV del PCAP se indican todas y cada una de las exigencias contenidas en el artículo 130.1 de la LCSP. Entre ellas, la jornada laboral de cada persona trabajadora a subrogar en horas por semana, sin que sea necesario que dicha jornada y su distribución horaria se establezca diariamente como parece poder intuirse de lo indicado por la recurrente; en este sentido, el artículo 54 «Jornada máxima y distribución horaria» del Convenio colectivo aplicable indica en su primer párrafo que se establece un cómputo anual máximo de tiempo de trabajo efectivo de 1.722 horas, con una distribución semanal ordinaria de 38,5 horas. Asimismo, en cuanto a la exigencia de la recurrente de que para cumplir el artículo 130 de la LCSP los pliegos debieron haber tenido en cuenta el V Convenio colectivo ya firmado la misma carece de sentido, dado que el citado artículo 130 cuando hace alusión al convenio colectivo de aplicación se está refiriendo al del personal que puede ser objeto de subrogación, no al convenio colectivo sectorial que se ha de tener en cuenta para estimar los costes laborales para el cálculo del presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Séptima. Sobre la alegación del órgano de contratación esgrimida en el informe al recurso de que la empresa podrá compensar el incremento de los gastos aludidos con una eventual disminución del beneficio industrial.



Como se ha analizado en la consideración primera del presente fundamento de derecho, este Tribunal ha estimado en los términos expuestos en dicha consideración la denuncia de la recurrente de que determinados complementos salariales (nocturnidad y festividad) de aplicación no están previstos en los pliegos.

En dicha consideración primera, se afirmó que los citados complementos de nocturnidad y festividad no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable, de modo que constituyen un coste laboral que no se ha tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación, como confirma el órgano de contratación en su informe al recurso cuando viene a indicar expresamente que *«no parece lógico que se incluya en el PBL [presupuesto base de licitación] la cuantía económica correspondiente a estos complementos [de nocturnidad y festividad], por una parte, porque no es competencia de este Delegación Territorial establecer el sistema de turnos de trabajo ni los horarios (ya sean festivos o en horario nocturno), y por otra, si la empresa adjudicataria decide retribuir la realización de estos horarios con días compensatorios de descanso»*.

Asimismo, como se indicó en la citada consideración primera, el informe al recurso a modo de conclusión tras lo expuesto en el párrafo anterior afirmaba que *«No obstante lo anterior, y en cualquier caso, la empresa podrá compensar el incremento de los gastos aludidos con una eventual disminución del beneficio industrial»*. En definitiva, el órgano de contratación en su informe al recurso solicitaba que los costes que pudiese suponer la retribución de los mencionados complementos de nocturnidad y festividad pudiesen ser subsumidos, esto es compensados con la partida de beneficio industrial.

Pues bien, en cuanto a la posibilidad de compensar partidas dentro del presupuesto base de licitación, este Tribunal en su Resolución 66/2020, 20 de febrero, en su fundamento de derecho quinto en lo que aquí concierne indicaba lo siguiente:

«En el presente supuesto y como anteriormente se ha reproducido, se da la circunstancia de que es el propio órgano de contratación el que en el informe al recurso y a la vista de las alegaciones de la recurrente viene a realizar unos nuevos cálculos que conformarían un presupuesto base de licitación diferente al que aparece recogido en el anexo I del PCAP. Sobre esta cuestión, el órgano de contratación manifiesta que en tanto la variación en el desglose del presupuesto base de licitación no afecta necesariamente a su importe total, pues la partida del beneficio industrial - que asciende a un 8% - tiene suficiente margen para subsumir esta variación y teniendo en cuenta que (...) [la recurrente] en sus cálculos establece esta partida en un 5%, se debe considerar que el coste del contrato está suficientemente cubierto y que por tanto se debe proceder a la desestimación del recurso.

Sin embargo, este Tribunal no puede aceptar las conclusiones expuestas por el órgano de contratación. En este sentido, el mandato del artículo 100 de la LCSP, establece que el presupuesto base de licitación se desglosará indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y en el presente supuesto el órgano de contratación con el recálculo que realiza en su informe viene de alguna manera a reconocer que el presupuesto base de licitación que aparece en el PCAP es incorrecto y que por tanto conculca lo dispuesto en el mencionado artículo 100 del PCAP.

Así a modo de ejemplo, en el presupuesto base de licitación se recoge dentro de la partida «otros gastos directos» que incluye: «maquinaria, utensilios, ambientadores, dispensadores, productos consumibles, productos de limpieza, lavandería, etc» un coste de 7.200 euros, y en su informe al recurso el órgano de contratación indica que el coste por estos conceptos asciende a 17.234,78 euros.

Por lo demás, el hecho de que la cuantía resultante del nuevo cálculo realizado por el órgano de contratación no supere en términos totales el presupuesto base de licitación no es óbice para que este Tribunal concluya que la



información facilitada a los potenciales licitadores sobre los distintos costes es incorrecta y que, por tanto, no les permite realizar una correcta evaluación de los mismos a la hora de confeccionar una oferta.».

Asimismo, en su Resolución 171/2024, de 22 de abril, este Órgano resolvió un recurso contra unos pliegos en los que se licitaban al igual que ahora plazas de acogimiento residencial, en un procedimiento convocado por la Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad en Almería, en la que en su fundamento de derecho sexto se vino a manifestar en lo que aquí concierne que:

«En las tablas que se insertan correspondientes a los años 2024 y 2025 (que no reproducimos, a fin de evitar reiteraciones, por haber sido transcritas en el fundamento de derecho anterior) se desglosan los costes salariales, indicando categoría profesional; número exigido de profesionales; base; complemento de dirección; antigüedad; complemento específico; prorrateo extra; salario bruto/ mes; seguridad social; coste empleado total; y total mes.

El órgano de contratación en su informe reconoce que en el cálculo del presupuesto base de licitación no han sido tenidos en consideración los costes de sustitución del personal en vacaciones, y pretende subsumirlos en la ratio de profesionales que afirma venir exigida por los pliegos para llevar a cabo la ejecución del contrato, esgrimiendo que el incremento de la ratio mínima de profesionales exigida (0,875 profesionales de atención directa) frente a la ratio exigida en los pliegos de la anterior licitación (0,66 profesionales) permite entender cubierto el periodo vacacional con la ratio de personal establecida.

La justificación en que pretende ampararse el órgano de contratación es inadmisibles puesto que viene a reconocer, de manera implícita, que la ratio de profesionales exigida en los pliegos es mayor de la que en principio, sería exigible para llevar a cabo la ejecución del contrato y que ese “exceso” de personal vendría a compensar el personal necesario para cubrir las vacaciones, quedando el coste del personal destinado a la sustitución de las vacaciones subsumido en el coste salarial del personal destinado a la ejecución del contrato toda vez que no niega, sino todo lo contrario, asume que los centros de menores deben disponer del personal necesario en número suficiente para garantizar la prestación efectiva del servicio todos los días del año durante las 24 horas del día.

Por otra parte, la alegación del órgano de contratación en el informe al recurso que alude a la aquiescencia de la entidad recurrente a los costes salariales de la anterior licitación -de la que resultó adjudicataria- no puede servir como argumento para intentar rebatir la alegación que se efectúa en la presente impugnación, ni mucho menos el reconocimiento implícito que viene a hacer respecto de la omisión de los costes del personal destinado a la sustitución de vacaciones en los pliegos de la anterior licitación. Y es que el hecho de que aquellos no fueran impugnados en su momento no puede fundamentar la oposición al presente recurso.

Cuestión distinta es que el órgano de contratación hubiera imputado el coste salarial cuya omisión se denuncia a un eventual incremento de los costes salariales que pudiera subsumir aquel, o una eventual disminución del beneficio industrial, pero nada opone, sino que se limita a reconocer la omisión de tales conceptos salariales, escudándose en la ratio de profesionales exigida por el pliego, argumento este que, como hemos indicado, ha de ser rechazado.

Por ello, este Tribunal concluye que no se trata de un mero error aritmético, como plantea formalmente la parte recurrente, sino de la omisión de unos conceptos que deben incluirse en la determinación del presupuesto base de licitación, y que determinan, la insuficiencia del presupuesto base de licitación, como en última instancia denuncia aquella -con arreglo a los cálculos que efectúa en el propio recurso- y sin que las explicaciones al respecto dadas por el órgano de contratación, por los motivos que hemos analizado, permitan acreditar que los costes salariales allí recogidos son los necesarios para ejecutar la prestación, y por tanto, adecuados a los precios de mercado.



En consecuencia, debe estimarse la alegación de la recurrente respecto de la omisión de los costes del personal de sustitución de las vacaciones.».

En el supuesto que ahora se examina se da una circunstancia que imposibilita que ni siquiera pueda plantearse en principio cualquier compensación entre partidas, dado que se desconoce cuál sería el importe a compensar, no disponiendo en este momento este Tribunal de elementos ciertos que permitan comprobar que efectivamente ello pueda ser posible para poder tener en cuenta esta afirmación. En efecto, no figura ni es posible deducir del expediente de contratación qué importe dentro de los costes laborales sería necesario para cubrir los complementos de nocturnidad y festividad, cálculo que corresponde al órgano de contratación cuando elabora el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato.

Pero es que, además, en la consideración quinta este Tribunal ha estimado en los términos allí expuestos la denuncia de la recurrente de que, respecto de la categoría profesional “Educador social”, no parece haberse tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato, los costes imputables a las vacaciones y a determinadas licencias retribuidas. En efecto, las vacaciones y las licencias citadas por la recurrente no son discutibles en cuanto a su retribución, salvo las licencias no retribuidas, porque las contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable, de modo que constituyen un coste laboral, incluidas las posibles sustituciones, que no consta que se haya tenido en cuenta por el órgano de contratación en la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato.

El importe de dichos costes, al igual que ocurre con los complementos de nocturnidad y festividad, no figuran ni es posible deducirlos del expediente de contratación, desconociéndose por tanto la cantidad dentro de los costes laborales que sería necesaria para cubrir las vacaciones y las citadas licencias de la categoría profesional de “Educador social”, cálculo que como se ha expuesto corresponde al órgano de contratación al elaborar el presupuesto base de licitación, sin que dichas afirmaciones realizadas por este Tribunal por el principio de congruencia, ex artículo 57.2 de la LCSP, puedan ser trasladadas al resto de categorías profesionales.

Por otra parte, en la presente licitación, la partida de beneficio industrial figura en el apartado 2 «Presupuesto base de licitación y precio del contrato» del anexo I del PCAP, en el subapartado «Sistema de determinación del precio», en que se indica en su párrafo segundo lo siguiente: *«Igualmente, se ha calculado los gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, aplicando el 13% sobre el presupuesto de ejecución material y el 6% de beneficio industrial, aplicando por analogía el art 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.».*

Esto es, el órgano de contratación en los pliegos entiende que la partida de beneficio industrial ha de ascender al 6%, sin que en el informe al recurso se haya manifestado sobre el porcentaje que se ha de utilizar para subsumir el déficit de la partida de costes laborales, es decir no se señala qué nuevo porcentaje de beneficio industrial sería el adecuado en la presente licitación y por tanto debería figurar en el presupuesto base de licitación.

En definitiva, en cuanto a la posibilidad de compensación entre partidas dentro del presupuesto base de licitación habrá de estarse al supuesto concreto, sin que en el presente caso por los motivos expuestos sea posible la compensación que pretende el órgano de contratación en el informe al recurso, debiendo por tanto desestimarse tal alegación del órgano de contratación esgrimida en su informe al recurso.

Asimismo, a mayor abundamiento, a efectos de que pudiese ser tenido en cuenta en una futura licitación, en cuanto a la exigencia de aplicar por analogía dicho artículo 131 del RGLCAP, en el citado párrafo segundo del subapartado «Sistema de determinación del precio» del apartado 2 del anexo I del PCAP, se indica que los gastos generales de estructura se han calculado por aplicación del 13% sobre el presupuesto de ejecución material. En



este sentido, con respecto a la aplicación del artículo 131 del RGLCAP este Tribunal tiene una consolidada doctrina puesta de manifiesto, entre otras, en sus Resoluciones 134/2021, de 8 de abril, 136/2022, de 18 de febrero, 562/2023, de 10 de noviembre y en la 41/2024, de 26 de enero.

En concreto, en la Resolución 562/2023 se resolvía un recurso interpuesto contra los pliegos de determinado servicio de mantenimiento. En la consideración primera de su fundamento de derecho sexto, este Tribunal indicaba lo siguiente:

«Como se ha reproducido, la recurrente en esencia afirma que dado que en la configuración por el órgano de contratación del valor estimado del contrato, se han considerado los gastos generales por ser conformes y adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, dicho órgano de contratación debe de aplicar de forma analógica para el presente contrato (de servicios) los porcentajes establecidos en el artículo 131 del RGLCAP (del 13 al 17%) sobre el presupuesto de ejecución material del contrato; siendo exiguo, injustificable, indefendible e insuficiente el dispuesto del 2%.

Pues bien, sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP a los contratos de servicios se ha pronunciado este Tribunal de forma profusa, entre otras, en sus Resoluciones 134/2021, de 8 de abril, 44 y 45/2022, de 21 de enero y 136/2022, de 18 de febrero. Así en la Resolución 44/2022, en su fundamento de derecho sexto, se indicaba en lo que aquí concierne que:

(...)

Del mismo modo, en la citada Resolución 136/2022, de 18 de febrero, en el apartado 2.A de su fundamento sexto, este Tribunal indicaba lo siguiente:

(...)

En definitiva, los porcentajes previstos en el artículo 131 del RGLCAP, si el órgano de contratación los considera adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato que se licita puede aplicarlos, pero en modo alguno dicho artículo exige su aplicación para los contratos de servicio como pretende la asociación recurrente. En el caso que se examina, el órgano de contratación ha establecido para los gastos generales otro porcentaje, sin que dicha actuación sin más conculque el mencionado artículo, ni tenga que justificarse tal actuación de no aplicar dichos porcentajes por parte del órgano de contratación.

(...)

En este sentido, se afirma en el recurso que el porcentaje del 2% de gastos generales de estructura es exiguo, injustificable, indefendible e insuficiente. Dicha afirmación está exenta de acreditación alguna por parte de la recurrente, dado que no esgrime ningún argumento por el cual dicho porcentaje del 2% es insuficiente, salvo el que manifiesta por referencia al porcentaje establecido en el citado artículo 131 del RGLCAP, que como se ha analizado dicho artículo no exige su aplicación a los contratos de servicios como pretende la asociación recurrente, pudiendo establecer el órgano de contratación otro porcentaje para los gastos generales, sin que dicha actuación sin más conculque el mencionado artículo, ni tenga que justificarse tal actuación de no aplicar dichos porcentajes por parte del órgano de contratación.

(...)».

SÉPTIMO. Consideraciones sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en las consideraciones primera y quinta del fundamento de derecho sexto de esta resolución, deben llevarse a cabo anulando el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en los fundamentos de derecho quinto y sexto, así como 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 PATRONAL ANDALUZA DE ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL Y ACCIÓN SOCIAL**, contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y la declaración de urgencia que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Contratación de 196 plazas de acogimiento residencial para menores que se encuentren bajo el nuevo modelo de cuidados y protección de la administración de la Junta de Andalucía. Varias modalidades», (Expediente 2024 0000647773), convocado por la Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad en Granada y, en consecuencia, anular el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo 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 MC. 126/2024, de 25 de octubre.

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 personas 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.

