

Recurso 3/2024
Resolución 24/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, a 12 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de limpieza y otros servicios complementarios, con valor social y medioambiental, de varios centros sanitarios del servicio andaluz de salud adscritos a la central provincial de compras de Cádiz», (Expte. 0000552/2023), respecto al lote 3, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, que a su vez se encuentra adscrito a la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de diciembre de 2023, 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 el anuncio de licitación por procedimiento abierto urgente del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil el mismo día, siendo el valor estimado del contrato de 105.242.076,82 euros.

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

SEGUNDO. El 3 de enero de 2024, tuvo entrada en el registro del este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (en adelante ASPEL o la asociación recurrente) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la presente licitación. En su escrito de recurso, la asociación recurrente solicita, entre otras cuestiones, la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal 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.



Por resolución de este Tribunal, de fecha de 9 de enero de 2024 se adopta la medida cautelar de suspensión solicitada por la asociación recurrente, acordando igualmente suspender el plazo de presentación de ofertas.

No ha sido necesario realizar trámite de alegaciones dado que el órgano de contratación ha aportado certificado en el que se pone de manifiesto la no presentación de ofertas.

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 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 Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, 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 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en la 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 indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos que rigen la presente licitación y ello por entender que el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato son insuficientes para cubrir todas las exigencias de la prestación.



Al respecto, debemos indicar que en los estatutos de la asociación recurrente se establece como ámbito de actuación «*todas las actividades profesionales relacionadas con la prestación de servicios de limpieza de carácter profesional, industrial, multiservicios, edificios y locales y cualesquiera otros servicios conexos, su ámbito territorial abarca todo el territorio del Estado Español*»; por otro lado entre sus fines se encuentra, conforme al artículo 4 de sus estatutos, «*La integración, representación, y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de su actividad empresarial*».

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

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha podido comprobar que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1, apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la asociación recurrente.

ASPEL solicita la anulación de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares, que fijan el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, en lo relativo al lote 3, al considerar que infringen los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. Afirma que el presupuesto base de licitación y el valor estimado del lote 3 son incorrectos e insuficientes para cubrir los costes laborales necesarios para la correcta prestación del servicio.

La asociación recurrente manifiesta que los costes salariales del citado lote del contrato se han determinado conforme a dos convenios colectivos de aplicación dependiendo del centro de trabajo: el Convenio Colectivo relativo al sector limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz y el Convenio Colectivo del Servicio de limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera.

A continuación, expone los cálculos efectuados para cuantificar los costes de personal para la ejecución del lote 3. Al efecto refleja el contenido del Anexo VIII del pliego de prescripciones técnicas (PPT) “Distribución de Recursos Humanos por centros”, en lo relativo al lote 3, en el que se cuantifica la estimación del número de horas de presencia diaria de los centros que integran el lote 3 Área sanitaria Jerez Costa noroeste y sierra de Cádiz.

Relaciona igualmente las tablas salariales contenidas en los dos convenios colectivos de aplicación antes referidos y a continuación refleja en un cuadro el coste del salario base anual por categoría laboral correspondientes tanto al personal sujeto al Convenio de limpieza del Hospital de Jerez de la Frontera, como al personal sujeto al



convenio provincial de limpieza de edificios de Cádiz, al que añade unos costes para la empresa, de los seguros sociales de la plantilla que cuantifica en un 34%.

Tras lo expuesto concluye: «Que, por lo tanto, teniendo en cuenta las tablas salariales y la jornada anual de los convenios, de 1.519 h/año en el Convenio Colectivo del Servicio de limpieza del hospital Universitario de Jerez de la Frontera y de 1.691 h/año en el Convenio colectivo relativo al sector limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz se obtiene el precio hora por cada categoría que multiplicado por las horas de trabajo de cada categoría se obtiene el coste de salario(incluido el porcentaje de Seguridad Social del 34%), tal y como queda reflejado en la tabla siguiente.

CENTRO	CATEGORÍA	TOTAL	€/UD	€/H	€/AÑO 2023
HOSPITAL	Limpiador/a	183.405,00	25.414,57	16,73	3.068.365,65
	Especialistas	19.691,00	25.805,00	16,99	334.550,09
	Conductor limpiador	5.110,00	27.711,83	18,24	93.206,40
	Encargado de turno	6.013,00	28.794,05	18,96	114.006,48
	Encargado general	1.729,00	31.317,77	20,62	35.651,98
	Aux, admnistrativo	1.729,00	25.414,57	16,73	28.926,17
	Total		217.677,00		
CENTROS DE SALUD	Limpiador/a	161.428,30	19.667,25	11,63	1.877.411,13
	Especialistas	7.360,60	20.075,75	11,87	87.370,32
	Conductor limpiador	0,00		0,00	0,00
	Encargado de turno	3.754,40	21.239,00	12,56	47.155,26
	Aux, admnistrativo	1.235,00	19.732,10	11,67	14.412,45
	Total		173.778,30		

A tales costes, considera la recurrente han de adicionarse distintas partidas. Así, ha de tenerse en cuenta la subida de convenio del 3,5% anual para los años de contrato 2024 y 2025. Por otro lado, señala la asociación recurrente que ha de añadirse el coste de antigüedad correspondiente que cuantifica en un 16% del valor medio del coste de la plantilla.

Asimismo, alega que han de tenerse en cuenta «*otros costes correspondientes a los pluses complementarios de nocturnidad y festividad, el coste por la sustitución de las ausencias, o absentismo. Igualmente se debe de complementar el coste de personal con el correspondiente a la sustitución por bajas de enfermedad e incapacidades transitorias. (I.T.)*

Sumando los conceptos anteriores se obtiene el coste de ejecución directa del personal. Ese coste anual se multiplica por los dos años de vigencia del Contrato obteniendo el coste total de personal del contrato durante los dos años.

A continuación, se adjunta una tabla en la que se desglosa el coste del personal para el LOTE 3, en el que se han incluido todos los conceptos salariales a tener en cuenta:

Concepto	Euro/año
Coste de convenio 2023 incluido S.S.	5.701.055,93
Coste de convenio 2024 (12 meses) 3,5%	5.900.592,89
Coste de convenio 2025 (12 meses) 3,5%	6.107.113,64
Coste de convenio medio anual 2024_2025	6.003.853,27
Antigüedad	960.616,52
Nocturnidad y festivos	179.717,36



Cobertura de ausencias	134.787,28
Subtotal personal	7.278.974,42
Absentismo	363.948,72
Total coste de personal	7.642.923,14
Total coste de personal contrato (2años)	15.285.846,27

Concluye la asociación recurrente afirmando: «Que, por lo tanto, tal y como se ha detallado el coste total del personal del Contrato para los dos años es de 15.285.846,27 euros, sin embargo, en el pliego de cláusulas administrativas de la licitación se ha presupuestado para el Lote 3 un coste de 12.652.962,06 €/2 año, es decir 2.632.884,21 euros inferior al coste real. Que, por lo tanto, la partida presupuestaria prevista en el pliego de coste de personal para el Lote 3 para cubrir las 391.455 h/año es un coste insuficiente, ya que hay un desfase presupuestario de un 17% inferior al coste real.».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe solicita la desestimación del recurso y se opone a los argumentos en él esgrimidos. Afirma que la recurrente, en su escrito impugnatorio, no discute los convenios colectivos que han de aplicarse ni las tablas salariales expresadas en los pliegos, sino que, partiendo de los mismos, extrae unos costes salariales muy superiores, que no cuentan con justificación ni fundamento alguno, y que reflejan errores en el cálculo y estimación resultante. Los errores en los que, a juicio del órgano de contratación, incurre la recurrente se exponen a continuación.

1. Error en la determinación de la jornada anual: Alega el órgano de contratación que la jornada anual estimada en el escrito de interposición para cada convenio es errónea. Así se afirma que la jornada anual de los convenios es de 1.519 h/año para el Convenio Colectivo del Servicio de Limpieza del Hospital de Jerez y de 1.691 h/año para el Colectivo relativo al sector Limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz. Sin embargo, estos convenios no recogen en ningún momento el cómputo de la jornada anual, sino que únicamente se refieren a la jornada semanal, de 35 horas en el primer caso, y de 38 horas para el segundo convenio mencionado.

A falta de tal previsión en los convenios colectivos el órgano de contratación considera que respecto a esta cuestión resulta preciso acudir a la doctrina jurisdiccional. Cita al efecto la sentencia 582/2016, de 29 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la cuestión, cuyos fundamentos reproduce parcialmente. Y continúa el informe del órgano de contratación alegando que: «La forma de cálculo no se expresa específicamente en la referida Sentencia del Supremo, pero sí en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de marzo de 2017, recurso 103/2017, que lo explica de la siguiente forma:

«Ocurre sin embargo que el Estatuto de los Trabajadores no cuantifica cuál sea la jornada máxima anual, sino únicamente en términos semanales, de manera que para fijar el límite anual es preciso hacer una proyección de la jornada máxima legal de 40 horas semanales a todo el año, según dispone expresamente esta Ley. Para llevar a cabo dicha proyección no basta con multiplicar el número de 40 horas semanales por las 52 semanas del año, sino que hay que restar las horas de trabajo correspondientes a los días de descanso obligatorio a lo largo del año, porque de lo contrario se estaría, de hecho, imponiendo la recuperación de todos los descansos, incluyendo el descanso semanal, vacaciones, festivos, etc., que por naturaleza son retribuidos y no recuperables. Por una convención técnica tradicional, que es la que suele justificar determinadas cuantificaciones expresamente recogidas en la legislación laboral y de Seguridad Social, se viene a entender que la proyección ha de hacerse de la siguiente manera:



a) Se restan de los 365 días del año 48 domingos (cuatro domingos coincidirían convencionalmente dentro de las vacaciones) y 24 medios días de descanso semanal adicional; también 12 festivos (la convención impone que se entiende que 2 de los festivos anuales coinciden en el mes de vacaciones) y 30 días de vacaciones, de todo lo cual restarían 251 días de trabajo efectivo al cabo del año.

b) Como la jornada semanal de 40 horas habría que dividirla ordinariamente entre 5,5 días de trabajo, de ello resultaría una jornada diaria de 7,2727 días.

c) Multiplicando esa jornada diaria por los 251 días de trabajo efectivo, el resultado sería una jornada máxima legal anual de 1826 horas (con el correspondiente redondeo)».

Aplicando esta forma cálculo para pasar de la jornada semanal a la jornada anual, en el caso del Convenio Colectivo del Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera, que establece una jornada semanal de 35 horas (teniendo en cuenta que dicho convenio tiene como particularidad la de cuantificar los días de licencias retribuidas en 48 días, esto es, 32 días de vacaciones y 16 festivos), la jornada anual sería de 1.580 horas y en el caso del Convenio Colectivo relativo al sector LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES 2022-2023 DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ, que establece una jornada semanal de 38 horas (44 días licencias retribuidas, esto es, 30 días de vacaciones y 14 festivos), la jornada anual sería de 1.737 horas.

Lo anteriormente citado, a modo de ejemplo, y aplicando los cálculos de la recurrente, que establecía para el personal del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera, un precio hora para la categoría de limpiador/a en 16,73 €, mientras que, si aplicamos la jornada anual correcta, según la metodología expuesta más arriba supone un precio/hora de 16,08 €. En el mismo sentido, para la categoría de limpiador/a cuyo convenio aplicable es el de la provincia, el precio hora pasa de 11,63 € a 11,32 €.

Las expresadas diferencias multiplicadas por el volumen de horas totales en dichas categorías, conducen al recurrente a un dato absolutamente incorrecto respecto del componente del coste laboral asociado a la jornada laboral anual, pues al haber reducido de forma errónea la jornada anual, el coste por hora del servicio se eleva en gran medida, incurriendo en flagrante error de partida, lo que conlleva, a su vez, que el resto de cálculos de costes salariales efectuados por la recurrente queden inevitablemente totalmente desvirtuados.»

2. Error y falta de justificación de la cuantificación del coste de antigüedad: Considera el órgano de contratación que la recurrente ha incrementado sin justificación alguna el importe correspondiente al coste anual de antigüedad que cuantifica en 960.616,52 euros, que representa un 16% del valor medio anual del coste del convenio 2024 y 2025. Argumenta el informe que: «Este cálculo del coste anual de antigüedad que hace la recurrente es muy superior al previsto en el PBL de la licitación, que se establece en un 14,04% del total de masa salarial de dicho lote, y no aporta en el escrito del recurso justificación alguna a tal desorbitado incremento de esta partida. De hecho, el importe incluido en el PBL por parte de este órgano de contratación ha sido extraído sobre la base de la información de subrogación facilitada por la actual prestataria, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 130 de la LCSP, y que se encuentra publicada en el Perfil del Contratante de la Junta de Andalucía en los términos legalmente previstos.»

3. Error y falta de justificación en la determinación del coste de absentismo: Con relación al coste de absentismo, alega el órgano de contratación, que la recurrente estima un coste de absentismo carente de toda justificación. Argumenta al respecto que: «Como puede apreciarse en la documentación de la presente licitación, publicada en el Perfil del Contratante de la Junta de Andalucía, se detalla el cálculo de todas las partidas. La relativa al absentismo, ha sido estimada en un 4,50% para el lote recurrido (Lote 3) conforme a la información facilitada por la actual empresa prestataria del servicio, al igual que en el resto de lotes, considerándose razonable por parte de este órgano de contratación.»



4. Cobertura de ausencias: Respecto a esta partida manifiesta el órgano de contratación que la recurrente: *«añade un coste que denomina «cobertura de ausencias», que viene a traducirse en un tipo de absentismo justificado por una incapacidad temporal o por cualquier otra contingencia, lo que sin duda constituye una magnitud variable e impredecible, que no tiene sentido alguno que incluya la recurrente en una partida distinta a la del absentismo como tal, considerando además que para el cálculo del coste salarial (en el que debe entenderse integrada esta partida), ha partido del cálculo del precio hora multiplicado por el número de horas de prestación efectivas exigidas en los pliegos, por lo que esa cobertura de ausencias se debe entender ya incluida, resultando imprescindible mencionar, que tal y como se ha expuesto, dicho cálculo se ha efectuado de forma errónea.»*

5. Coste Seguridad Social: El coste de Seguridad Social recogido en el recurso interpuesto por ASPEL es calculado conforme a un 34%, porcentaje que no justifica y que resulta superior al 33,50% establecido en la presente licitación, conforme a las disposiciones legales actualmente vigentes. Argumenta al efecto que: *«Las cotizaciones a la Seguridad Social que tiene que asumir la empresa son el 23,60 % de la base reguladora por contingencias comunes, el 3,60 % por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, el 5,5 % por desempleo, el 0,6 % por formación profesional y el 0,2 % para el Fondo de Garantía Salarial, lo que asciende a un 33,50 %.*

Además, resulta preciso mencionar, que este importe se ve en muchos casos reducido cuando se trata de contratos bonificados.

Por lo expuesto, este órgano de contratación considera que el recurso presentado carece totalmente de fundamento, por lo que no debe prosperar el motivo del mismo.»

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente asunto plantea se centra en resolver si los costes laborales previstos en la presente licitación para el lote 3 devienen incorrectos e insuficientes, lo que conllevaría, a juicio de la asociación recurrente, que el presupuesto base de licitación y el valor estimado hayan sido erróneamente elaborados al no haberse realizado conforme a los precios de mercado.

Como se ha expuesto, la recurrente realiza un estudio comparativo de los costes laborales del lote 3 del contrato, en los que partiendo de la aplicación de los dos convenios colectivos referidos en los pliegos, de las tablas salariales en ellos contenidas, así como del Anexo VIII del pliego de prescripciones técnicas (PPT) “Distribución de Recursos Humanos por centros”, cuantifica el coste total del personal del lote 3 del contrato para los dos años en 15.285.846,27 euros, frente a los 12.652.962,06 euros, contemplados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

La discrepancia entre ambas estimaciones de los costes de personal trae causa en diferentes motivos, siendo el primero de ellos y más relevante el relativo a la jornada anual. Así el escrito de recurso refiere expresamente: *«Que, por lo tanto, teniendo en cuenta las tablas salariales y la jornada anual de los convenios, de 1.519 h/año en el Convenio Colectivo del Servicio de limpieza del hospital Universitario de Jerez de la Frontera y de 1.691 h/año en el Convenio colectivo relativo al sector limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz se obtiene el precio hora (...).»*

Pues bien, en el apartado 8.6 del cuadro resumen del PCAP, dedicado al método utilizado para calcular el valor estimado del contrato, se dispone al regular el coste de personal, en lo que aquí interesa lo siguiente:

«El coste de personal se ha calculado pues, considerando dos factores:



Por un lado, se ha realizado un estudio del coste anual de limpieza por centro, considerando las necesidades en número de horas requeridas por los centros y distribuidas en turnos de mañana, tarde y noche, tanto en días laborables de lunes a viernes, como en sábados, domingos y festivos, para cada uno los centros objeto del contrato, según figura para cada uno de ellos en el Anexo VIII al PPT.

Por otro lado, considerando los costes salariales para las distintas categorías de personal, que se han determinado partiendo de los establecidos en los Convenios Colectivos aplicables en cada caso, los cuales se detallan en la tabla siguiente. (...)».

En concreto y respecto al lote 3 denominado “Área de Gestión Sanitaria de Jerez, Costa Noroeste y Sierra de Cádiz (AGSJCNSC) y Centro de Transfusión, Tejidos y Células de Cádiz (CTTC)”, dispone: «*El Convenio Colectivo relativo al sector LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES 2022-2023 DE LA PROVINCIA DE CADIZ, publicado en el BOP de Cádiz número 110, de 10 de junio de 2022, cuya vigencia se extiende del 1.1.2021 a 31.12.2023, aplicable a los siguientes centros:*

- *DISTRITO DE ATENCION PRIMARIA JEREZ COSTA NOROESTE*
- *DISTRITO DE ATENCION PRIMARIA SIERRA DE CADIZ*
- *CENTRO DE TRANSFUSION, TEJIDOS Y CELULAS DE CADIZ, sito en Jerez de la Frontera.*

Para el HUJ resulta aplicable el denominado Convenio Colectivo del Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera, publicado en el BOP de Cádiz número 60, de 30 de marzo de 2022, y cuya vigencia se extiende de 1.1.2022 a 31.12.2023.».

Por tanto, de conformidad con las previsiones del PCAP, así como del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, que en su condición de norma mínima se remite a lo pactado con eficacia jurídica normativa en los respectivos Convenios Colectivos, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Constitución Española, hemos de estar a lo dispuesto en los referidos Convenios respecto a la jornada máxima anual.

Pues bien, el Convenio Colectivo del sector limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz, dispone en su artículo 16 denominado “*Jornada laboral*”: «*La jornada laboral máxima Convenio queda establecida en 38 horas semanales.*».

Por su parte el Convenio Colectivo del servicio de limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera regula la jornada laboral en su artículo 12 en los siguientes términos: «*La jornada laboral de trabajo efectivo será de 35 horas semanales, de lunes a domingo, en turnos de mañana, tarde y noche, durante todo el año, con los descansos reglamentarios para cada trabajador.*»

Partiendo de estas dos jornadas semanales fijadas según convenio, el órgano de contratación con referencia a la doctrina establecida en una sentencia que expresamente menciona, explica los cálculos llevados a cabo para cuantificar la jornada anual, tras lo que concluye que, en los centros a los que es de aplicación el Convenio Colectivo del Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera, con una jornada semanal de 35 horas, les corresponden una jornada anual de 1.580 horas y en el caso de los centros sujetos al Convenio Colectivo relativo al sector Limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz, que establece una jornada semanal de 38 horas, la jornada anual sería de 1.737 horas.

Dichas jornadas anuales, superiores en ambos casos a las jornadas máximas referidas en el escrito de recurso, dan como resultado un precio hora inferior a las obtenidas en los cálculos efectuados en el escrito de recurso para las distintas categorías, y justificarían un montante importante de la diferencia entre los resultados sobre costes de personal obtenidos por recurrente y órgano de contratación.



Cabe señalar que la asociación recurrente, en su escrito impugnatorio se ha limitado a referir dos jornadas anuales que califica como jornadas anuales según convenio, pese a que los convenios -como hemos tenido ocasión de comprobar- únicamente se refieren a la jornada semanal, de 35 horas y de 38 horas. Sin que las indicadas jornadas anuales, vayan acompañadas de explicación que justifiquen los cálculos efectuados para obtener los resultados apuntados, labor que como antes se refirió si ha realizado el órgano de contratación en su informe.

Por lo que los cálculos sobre valor estimado de los costes de personal del lote 3 del contrato efectuados por la asociación recurrente, partiendo de una jornada anual no prevista en los convenios y carente de explicación alguna en cuanto al modo de su obtención, carecen de rigor para rebatir la validez de los cálculos que sobre jornada anual ha llevado a cabo el órgano de contratación, y del que se deriva el valor hora de las distintas categorías laborales.

Por lo que expuesto se desestima este primer motivo de recurso sobre la incorrecta elaboración del presupuesto base de licitación aportado por el órgano de contratación, y su insuficiencia.

Un segundo motivo de recurso es el relativo a los costes de antigüedad de la plantilla, que la recurrente cuantifica en 960.616,52 euros anuales, y que representa un 16% del coste medio anual de la plantilla, y ello, frente a los 603.767 euros estimados por el órgano de contratación, que supone el 14,04 % del valor medio anual del coste de personal previsto en el cuadro resumen del PCAP.

Al respecto el órgano de contratación en su informe alega que la cuantificación de los costes de antigüedad de la plantilla se llevó a cabo partiendo de las previsiones recogidas en los convenios, así como de la información aportada sobre la plantilla a subrogar.

El Convenio Colectivo relativo al sector Limpieza de edificios y locales 2022-2023 de la provincia de Cádiz, regula en su artículo 5 el complemento de antigüedad en los siguientes términos: *«Al objeto de premiar la vinculación a la empresa se establece dicho premio de antigüedad en la cuantía del 4% del salario base del trabajador por cada tres años de servicio en la empresa, con un tope máximo del 16% del referido salario.»*

Por su parte el Convenio de Limpieza del Hospital de Jerez de la Frontera dispone en su artículo 23.2.1, lo siguiente *«Complemento por antigüedad: Se establece dicho complemento de antigüedad en la cuantía del 4% del salario base del trabajador/a por cada tres años de servicio en la empresa.»*

El órgano de contratación en su informe al recurso afirma haber realizado el cómputo de este complemento salarial conforme a las previsiones de los convenios y los datos extraídos *“sobre la base de la información de subrogación facilitada por la actual prestataria, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 130 de la LCSP”*.

Por su parte la asociación recurrente, consigna un importe como coste anual de antigüedad de la plantilla superior al previsto en el presupuesto base de licitación, sin argumento alguno que permita cuestionar la razonabilidad de la cuantificación, al respecto, llevada a cabo por el órgano de contratación, limitándose a afirmar que el fijado en el PCAP es insuficiente, sin concretar en qué medida y por qué los cálculos efectuados por el órgano de contratación son incompletos o erróneos, y que además hace coincidir con el tope máximo de antigüedad prevista en uno de los convenios, por lo que parecería ser que ha utilizado tal referencia de máximo sin mayor esfuerzo argumentativo y de análisis.



Así y como ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en ocasiones anteriores, entre otras en la Resolución 425/2020, de 3 de diciembre de 2020: «*Lo anterior no permite presumir necesaria y automáticamente, como parece sugerir la recurrente en su escrito de recurso, que el cálculo efectuado por ella es el correcto y no el aportado en el PCAP, desplazando la carga de la prueba a este Tribunal, lo que resulta de todo punto inadmisibile.*

Al respecto, el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone 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 (...).».

No obstante y como se ha indicado, la asociación recurrente, en lugar de intentar probar los hechos en que funda su pretensión, esto es concretar en qué medida y por qué los cálculos efectuados por el órgano de contratación son incompletos o erróneos, se limita a manifestar que el coste por hora es insuficiente, formulando un estudio económico alternativo, circunstancia que no prueba el hecho de la incorrecta elaboración del presupuesto base de licitación aportado por el órgano de contratación, ni su insuficiencia..».

En consecuencia, y en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este segundo motivo de recurso.

En cuanto a distintos complementos retributivos el recurso de forma genérica afirma que han de tenerse en cuenta «*otros costes correspondientes a los pluses complementarios de nocturnidad y festividad, el coste por la sustitución de las ausencias, o absentismo. Igualmente se debe de complementar el coste de personal con el correspondiente a la sustitución por bajas de enfermedad e incapacidades transitorias. (I.T.)*». Tras esta afirmación, como antes se indicó, indica en un cuadro los importes que a su juicio corresponden a los distintos complementos retributivos y que se integran en costes de personal. De la comparativa de dicho cuadro con el contenido en el PCAP, se observa que algunas partidas, como la correspondiente a la nocturnidad no presenta significativas diferencias, pero otras como el absentismo presentan un incremento de prácticamente el doble. E incluso incluye una nueva partida de coste que es la correspondiente a “cobertura de ausencias”.

Por tanto, la asociación recurrente respecto a los citados complementos salariales, objeto del presente motivo de recurso, únicamente manifiesta los importes que a su juicio supone el coste de los referidos complementos, sin incluir explicación sobre el método utilizado respecto a los resultados obtenidos. Pues bien, sin entrar a prejuzgar el cálculo que sobre los citados complementos ha llevado a cabo por el órgano de contratación, debemos señalar que la recurrente en su escrito de recurso, de nuevo, se limita a afirmar que el coste es insuficiente, sin realizar esfuerzo argumentativo alguno que justifique el por qué los cálculos efectuados por el órgano de contratación son incompletos o erróneos, limitándose a formular un estudio económico alternativo.

En cuanto a la partida de “cobertura de ausencias”, asiste la razón al órgano de contratación al afirmar que la misma carece de justificación al existir ya una previsión para hacer frente al coste por absentismo.

Por tanto, y como anteriormente referíamos, no corresponde a este Tribunal efectuar cálculos sobre los costes, que integran el objeto del contrato, sino que es a la recurrente a quien incumbe acreditar, con datos y cálculos precisos y concretos que, tal y como afirma, el presupuesto base de licitación es erróneo e insuficiente para cubrir la prestación del servicio.

En consecuencia y conforme a las consideraciones formuladas, no puede darse la razón a ASPEL en este punto, dado que no puede prevalecer la particular apreciación de la recurrente sobre los referidos complementos



retributivos, frente a la reflejada en los documentos de la licitación y posteriormente reforzada en el informe al recurso

Por último, otra de las partidas en las que discrepan la cuantificación de costes de personal efectuadas por el órgano de contratación y por la asociación recurrente es la relativa a los costes en seguros sociales.

En tal sentido la asociación recurrente señala que debería haberse tenido en cuenta el 34%, porcentaje que es el utilizado por la referida asociación para la confección de sus cálculos. Por su parte el órgano de contratación defiende la corrección del 33,5 % para el cálculo de los costes de seguros sociales a cargo de empresa.

Analizada la documentación obrante en el expediente se comprueba que ni en la memoria justificativa ni en el resto de documentación el órgano de contratación desglosa la composición de los distintos conceptos de cotización que engloba el citado 33,5 % de gastos sociales que se utiliza en la confección de los cuadros de costes de personal, que se totaliza a tanto alzado y que alcanza el importe de 3.154.466, 53 euros. Es en el informe al recurso donde el órgano de contratación concreta cuales son los componentes del porcentaje utilizado para la estimación de esta partida de gastos, al referir que: *«Las cotizaciones a la Seguridad Social que tiene que asumir la empresa son el 23,60 % de la base reguladora por contingencias comunes, el 3,60 % por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, el 5,5 % por desempleo, el 0,6 % por formación profesional y el 0,2 % para el Fondo de Garantía Salarial, lo que asciende a un 33,50 %.»*

Pues bien, del referido desglose se constata que el órgano de contratación no ha tenido en cuenta entre los conceptos que integran la cuota patronal a la Seguridad Social, el recargo del Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

El recargo del Mecanismo de Equidad Intergeneracional fue creado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, en cuya Disposición final cuarta y en lo que aquí interesa se dispone lo siguiente:

«Disposición final cuarta. Mecanismo de equidad intergeneracional.

Con el fin de preservar el equilibrio entre generaciones y fortalecer la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social en el largo plazo, se establece un mecanismo de equidad intergeneracional cuyo funcionamiento será el siguiente:

1. Primer componente. A partir de 2023, y a lo largo de un periodo de diez años, se fijará una cotización adicional finalista que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social en los siguientes términos:

a) La cotización será de 0,6 puntos porcentuales, siguiendo la estructura actual de distribución entre empresa y trabajador.

b) Esta cotización finalista se mantendrá hasta 2032.

c) Se adaptará la normativa sobre el Fondo de Reserva para garantizar que la utilización de esta cuota finalista y de los rendimientos que genera se destine exclusivamente a atender las desviaciones en el nivel de gasto a las que se hace referencia en el siguiente apartado. (...)»

Por su parte el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su Disposición transitoria cuadragésima tercera, añadida por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, dispone lo siguiente:



«Disposición transitoria cuadragésima tercera. Aplicación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

La cotización finalista del Mecanismo de Equidad Intergeneracional prevista en el artículo 127 bis tendrá efectos desde el 1 de enero de 2023 hasta el 31 de diciembre de 2050, con arreglo a la siguiente escala:

En el año 2023, será de 0,60 puntos porcentuales, de los que el 0,50 corresponderá a la empresa y el 0,10 al trabajador.

En el año 2024, será de 0,70 puntos porcentuales, de los que el 0,58 corresponderá a la empresa y el 0,12 al trabajador.

En el año 2025, será de 0,80 puntos porcentuales, de los que el 0,67 corresponderá a la empresa y el 0,13 al trabajador.

En el año 2026, será de 0,90 puntos porcentuales, de los que el 0,75 corresponderá a la empresa y el 0,15 al trabajador.

En el año 2027, será de 1 punto porcentual, del que el 0,83 corresponderá a la empresa y el 0,17 al trabajador.

En el año 2028, será de 1,10 puntos porcentuales, de los que el 0,92 corresponderá a la empresa y el 0,18 al trabajador.

En el año 2029, será de 1,2 puntos porcentuales, de los que el 1,00 corresponderá a la empresa y el 0,2 al trabajador.

Desde el año 2030 hasta 2050 se mantendrá el mismo porcentaje del 1,2, con igual distribución entre empresario y trabajador.»

Por tanto, deviene incuestionable que desde el uno de enero de 2023 se encuentra vigente un Mecanismo de Equidad Intergeneracional que conlleva una cotización adicional finalista para nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Y por consiguiente en la elaboración del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, de conformidad con los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, han de tenerse en cuenta la inclusión y desagregación de los costes laborales derivados de la aplicación de la normativa laboral vigente.

En consecuencia el coste de seguros sociales, en la presente licitación, deviene incorrectamente calculado al no haberse contemplado el Mecanismo de Equidad Intergeneracional entre los conceptos que integran la cuota patronal. En efecto el órgano de contratación, al elaborar el presupuesto base de licitación del contrato, respecto a todo el personal y durante la totalidad de la duración del referido lote del contrato, ha obviado la previsión del coste correspondiente a uno de los componentes de la cuota patronal, de lo que se deriva que la cuantificación realizada respecto a la referida partida de coste de personal deviene errónea e insuficiente para hacer frente a los gastos que en materia de personal conlleva la ejecución del referido lote del contrato.

En cuanto al concreto importe del incremento del coste que comporta la inclusión del referido mecanismo en las cotizaciones sociales de la totalidad del personal durante todo el plazo de ejecución del lote 3 del contrato, es una labor que compete al órgano de contratación teniendo en cuenta lo dispuesto en la mencionada Ley 21/2021 y en la citada disposición transitoria cuadragésima tercera del Real Decreto Legislativo 8/2015. El resultado de la correcta presupuestación de esta partida de costes permitirá al órgano de contratación concluir si el presupuesto base de licitación deviene, o no, insuficiente.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser parcialmente estimado a los efectos de que se contemplen en el estudio económico contenido en la memoria justificativa, la totalidad de los costes que en concepto de Seguridad Social corresponden a la empresa, y en los que habrá de incluirse los derivados del Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

Procede, pues, anular los pliegos y demás actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, 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 PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de limpieza y otros servicios complementarios, con valor social y medioambiental, de varios centros sanitarios del servicio andaluz de salud adscritos a la central provincial de compras de Cádiz», (Expte. 0000552/2023), respecto al lote 3, promovido por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, que a su vez se encuentra adscrito a la Consejería de Salud y Consumo y, en consecuencia, anular los citados actos y aquellos otros del expediente relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 9 de enero de 2024, conforme a lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP.

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.

