



Cátedra de la
Contratación Pública Local
Universidad Zaragoza

Zaragoza
AYUNTAMIENTO



PRINCIPAL DOCTRINA DE LOS ORGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES

Marzo 2023

María Asunción Sanmartín Mora
masanmartin@aragon.es

Doctrina de los órganos de recurso especial que son mas controvertidos y dan lugar a un mayor grado de estimación en el recurso especial

1. Solvencia: proporcionalidad y no discriminación. Exigencias de radicación en el territorio. Las empresas de nueva creación.
2. Presupuesto : desglose de costes.
3. Prescripciones técnicas: discrecionalidad, no restricción de la competencia.
4. Criterios de adjudicación: como formularlos. Formulas de valoración de la oferta económica.
5. Valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.
6. Error en la oferta: aclaraciones. Ofertas a precio cero o simbólico.
7. Ofertas anormalmente bajas.
8. Subrogación de personal: obligaciones del órgano de contratación.

Las condiciones de solvencia

Tienen que ser proporcionales y no discriminatorias.

Las principales causas de discriminación son:

- **Exigir experiencia previa con el sector público.** En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas por que hayan contratado previamente con cualquier *Administración*.

TACP Aragón 9/2014 TACRC 590/2021

- **Exigencias de territorialidad:** el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público. La radicación en un territorio, como la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato no puede ser requisito de solvencia, pero se puede exigir como compromiso de adscripción de medios si se justifica que es proporcionada y no discriminatoria.

TACRC 895/2022
TACP Madrid 187/2015
TACRC 967/2015
TACRC 406/2019

Doctrina general sobre las condiciones de arraigo territorial

Son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial consistentes en disponer de una oficina, almacén u otra instalación, en el territorio en que se va a ejecutar el contrato cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación

Se admiten, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en estos supuestos, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.

Si se configura como compromiso de adscripción de medios la acreditación de disponer de ellos se exigirá sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa.

Si es una condición especial de ejecución se exigirá durante la ejecución del contrato de acuerdo con lo que hayan previsto los pliegos.

En ambos casos, es intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de la oficina o instalación

TACRC 895/2022

Similar criterio se aplica cuando se exigen certificados autonómicos. sin admitir la posibilidad de que se presente un certificado equivalente expedido por una Administración distinta. (TACRC 719/2022)

Solvencia exigible a las empresas de nueva creación

- **Solvencia Técnica**

Contratos no SARA: cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, en ningún caso será aplicable la exigencia de la ejecución de un número determinado de contratos.

El pliego de cláusulas administrativas particulares debe indicar los criterios alternativos.

Es posible, sin embargo, utilizar como criterio de adjudicación la experiencia del equipo que va a ejecutar el contrato

Contratos SARA: podrá no aplicarse el requisito de acreditar determinada experiencia si no es indispensable, pero si se exige, se aplicará también a las empresas de nueva creación.

TACRC 160/2020
TACRC 549/20220

- **Solvencia económica**

En todos los contratos y para cualquier licitador, cuando por una razón válida no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado (86.1 LCSP). Tratarse de una empresa de nueva creación es una razón válida para aplicar esta regla.

TACRC 1353/2021

Presupuesto base de licitación

Presupuesto base de licitación **debe ser adecuado a los precios del mercado.**

A tal efecto, se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.

En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

(100 LCSP)

Doctrina de los órganos de recurso especial

OARC Euskadi 152/2018: la novedosa obligación de desglosar los costes no es sino un instrumento para justificar el ajuste del precio al mercado, como lo demuestra la expresión “...a tal efecto” que usa el legislador.

TACRC 84/2019: El desglose no es necesario en los contratos de suministro, ni en los contratos de obras, ni en los contratos de concesión de servicios.

Doctrina del TACRC sobre el desglose de costes en los contratos de servicios

En los contratos de servicios, será necesario el desglose si:

TACRC 633/2019

- el coste de los salarios de las personas empleadas en la ejecución forma parte del precio del contrato, como un elemento de él, es decir, integra el precio porque éste se fija por unidades de trabajo y tiempo, tales como precio por trabajador/día o mes o años, o por horas, o por bolsas adicionales de horas, o por trabajos extraordinarios, o por días laborable o por días festivos.
- ese coste económico sea el de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato, lo que excluye todos aquellos contratos en que la prestación se realiza para el público en general.

Formas de determinación cuando no se exige desglose de costes

La determinación del presupuesto del contrato puede hacerse por referencia al importe de un contrato previo o a catálogos oficiales de precios, etc., haciéndolo constar en el expediente.

TACRC 964/2020

Pliegos de prescripciones técnicas

Contienen las condiciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación y definen sus calidades.

Se reconoce la **discrecionalidad técnica** del órgano de contratación en su definición.

- Las prescripciones técnicas son libremente establecidas por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, siempre de forma objetiva y razonable, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen.
- No son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad.
- La discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar no puede ser sustituida por la voluntad de los licitadores.

Criterios esenciales para establecer Prescripciones Técnicas:

- Accesibilidad universal (126.3 LCSP)
- Sostenibilidad medioambiental (126.4 LCSP)
- No restricción de la competencia (126.6 LCSP)

TACP Canarias 69/2019
recopilando la doctrina
del TACRC

Pliegos de prescripciones técnicas: restricción de la competencia

Para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, y sin embargo existen otros productos capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.

TACRC 203/2022

Las PT, con carácter general, **no pueden mencionar marcas, patentes**, procedencia de los productos, salvo que

- lo justifique el objeto del contrato,
- o con carácter extraordinario, cuando no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible de los bienes en cuyo caso la referencia a marca, patente o tipo ha de ir acompañada de la mención «o equivalente».

La prohibición de referir las especificaciones técnicas del contrato a una determinada marca, patente o tipo no tiene carácter absoluto, aunque su admisión debe interpretarse con carácter restrictivo, y deben justificarse las condiciones que legitiman el uso de alguna de las dos opciones del artículo 126.6 LCSP. La invocación de motivos económicos (eficiencia en la gestión del gasto público), constituye razón suficiente para entender ajustada a derecho la exigencia planteadas

TACRC 263/2022

Pliegos de prescripciones técnicas: restricción de la competencia

Restricción indirecta.

TACRC 203/2022: *Es evidente que al tiempo de establecer las especificaciones técnicas que ha de reunir una máquina destinada a la función de limpieza viaria, existen algunos condicionamientos que el órgano de contratación podrá y deberá tener en cuenta, como pueden ser, por ejemplo, la autonomía de la máquina, su potencia de barrido, su capacidad de almacenamiento, el número de cepillos, su adaptabilidad a las características más o menos dificultosas de las vías en las que va a operar, etc.... Sin embargo, en cualquier caso, esas especificaciones deberían haberse establecido como mínimos o máximos exigibles, no como características a cumplir de forma exacta (de modo que pudieran cumplirse por diversos modelos, y no solamente por uno determinado que presente esas concretas características, excluyendo a todos los demás), lo que parece un claro indicio de predeterminación del producto que se va adquirir, con exclusión de otros que pudieran cumplir igualmente las funciones de limpieza perseguidas*

TACRC 384/2021: *la exigencia en el PPT de un certificado concreto (máquina barredora con un filtro con clasificación EUNITED 4 STAR), expedido por una determinada asociación empresarial, requerido como imprescindible, sin permitir dicho PPT la aportación de ningún certificado equivalente, ni otros medios de prueba adecuados, conlleva un obstáculo injustificado de la competencia e incide en el principio de igualdad que debe regir todo procedimiento de contratación público.*

Los criterios de adjudicación

- Tienen que estar **vinculados al objeto del contrato en sentido amplio**: estar referidos a las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.
- Deberán ser **formulados de manera objetiva**, respetando los principios de igualdad, **no discriminación**, transparencia y proporcionalidad, y **no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada**.
- Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de **competencia efectiva** e irán acompañados de especificaciones que permitan **comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores**.
- **El cumplimiento de un criterio de adjudicación se efectuará con carácter general durante la ejecución del contrato**. Extraordinariamente, el órgano de contratación puede condicionar la adjudicación o formalización a su previa acreditación por su carácter esencial para la ejecución de la prestación desde el inicio, siempre que lo haya previsto en los Pliegos que rigen la licitación.

TACRC 420/2021

Formulación de los criterios de adjudicación

Hay que definir el criterio en sí, y las reglas de valoración.

Los **criterios sujetos a juicio de valor** se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables.

No cabe la incorporación de factores que han de ser objeto de una valoración matemática en criterios dependientes de un juicio de valor. Lo correcto es desglosar la valoración en dos ámbitos separados.



No es necesaria la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva para que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Si es un **criterio evaluable automáticamente** debe plantearse en términos tales que exijan para su aplicación una actuación meramente mecánica, ya sea la incorporación de los valores de la oferta a la fórmula establecida, o la constatación de que la oferta cumple o no cumple el criterio.

En la valoración de los criterios de valoración automática no cabe discrecionalidad.

Las formulas de valoración de las ofertas económicas

Las fórmulas matemáticas para la valoración de las ofertas económicas tienen que cumplir estos **requisitos**:

TACRC 1364/2022 OARCE 96/2020

- que atribuyan una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara
- y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias

Existe margen de libertad para:

- optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica
- distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica.

Formulas de valoración económica con umbrales de saciedad: criterios discrepantes

Son formulas que incluyen un índice o umbral de saciedad, que limita el tope de puntos a asignar una vez superado determinado umbral.

En contra: establecer un umbral de saciedad infringe el principio de igualdad –al valorar igual ofertas potencialmente desiguales- y el de oferta económicamente más ventajosa –debido al desincentivo a ofertar precios competitivos.

Doctrina del TACRC sobre las formulas de valoración de la oferta económica con umbrales de saciedad

Admisibles si se fundamentan en una finalidad de interés público, justificando en el expediente que una oferta que rebase el umbral es difícilmente ejecutable, y no ofrece mejoras en la calidad de la prestación

Cuando se valoran elementos o parámetros distintos del precio, no necesariamente la oferta con el precio más bajo, es la mejor. La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas.

En modo alguno puede afirmarse que solo cabe combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria, y no mediante la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad), pues si se puede lo más, se puede lo menos, que es, frente a la exclusión de la oferta anormal, la no asignación de más puntos a las ofertas de precio inferior al umbral establecido.

TACRC 110/2021, 183/2021 y 1493/2022

La valoración de los criterios sujetos a juicio de valor

TACRC
79/2023
526/20221
208/2019

- La valoración de las ofertas resulta de la comparación de unas con otras
- Los criterios establecidos en el PCAP no pueden ser alterados introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que en la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general siempre que no modifiquen criterios de adjudicación del contrato definidos en el PCAP; que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y que no hayan sido adoptadas teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.
- El uso de tablas en las que se concreta la puntuación respecto de diferentes grados o intensidades de cumplimiento, o diferentes niveles de calidad esta admitido aunque presenta problemas.
- Se reconoce un ámbito de discrecionalidad. Sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. La discrecionalidad técnica y su presunción de certeza y de razonabilidad se justifica en la especialización e imparcialidad de los técnicos.
- Se admite el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Exclusión por incumplimiento de las prescripciones técnicas

La exclusión por incumplimiento del PPT requiere de una fundamentación reforzada:

- Los incumplimientos del PPT solo pueden dar lugar a la exclusión de las ofertas si son expresos (no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las exigencias mínimas técnicas) y claros (debe referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos).
- La omisión en la documentación de la oferta de referencias técnicas no debe hacer presumir automáticamente el incumplimiento. Se parte de la presunción legal de que el licitador ha aceptado incondicionalmente los pliegos al presentar oferta.
- Habrá que apreciar en cada caso concreto que ese silencio o no reiteración de lo previsto en el PPT como conjunto de exigencias técnicas de obligado cumplimiento no implica una propuesta que las desconozca o las incumpla.
- El cumplimiento de los requisitos técnicos debe ser verificado en fase de ejecución del contrato, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento.
- La Mesa no tiene atribuida esta competencia.

María Asunción Sanmartín (masanmartin@aragon.es)

TACRC 396/2019
TACRC 36/2020
TACRC 149/2023

Defectos en la oferta económica

Si alguna proposición excede del presupuesto base de licitación, no guarda concordancia con la documentación examinada y admitida, o varía sustancialmente el modelo establecido en el PCAP será excluida de la licitación.

El cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

Discrepancias entre las proposiciones presentadas electrónicamente, cumplimentando los campos de la aplicación puesta a disposición de los licitadores, y el resto de la documentación: contemplar en el PCAP.

TACRC 146/2019

Ofertas a precio cero o simbólico

- Las ofertas a precio cero o simbólico por la ejecución de algunas prestaciones contractuales se admiten salvo que se realicen en fraude de ley.

TACRC 958/2020 SAN 627/2023

- Ofertas globales a cero euros (o por un precio simbólico): no se puede excluir automáticamente la oferta, sino que habrá de seguirse el procedimiento para las ofertas incursas en anormalidad.

STJUE 10/9/2020, asunto C-367/19

Discrepancia entre la oferta técnica y la económica

Al aplicar el criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa, debe verificarse la correlación de la oferta técnica y la oferta económica.

STS 404/2021

Ante un supuesto de falta de correlación entre la oferta técnica y la económica, puede surgir la controversia sobre si dicha cuestión debe resolverse en fase de ejecución del contrato o determina la invalidez de la adjudicación.

Dado que debe comprobarse la información facilitada por el licitador, como medio de asegurar que su oferta se ajusta a las bases de la licitación, ello permite controlar la coherencia de las ofertas de los licitadores, de manera que la propuesta económicamente más ventajosa sea además viable y pueda satisfacer la necesidad que da origen al contrato. Es, por tanto, exigible la correlación entre oferta técnica y económica en fase previa a la adjudicación.

Excluir que tal falta de correlación tenga influencia en la validez de la adjudicación (remitiendo todos los problemas a la fase de ejecución del contrato), puede favorecer comportamientos poco serios y leales por parte de los licitadores, penaliza a los licitadores que han preparado cuidadosamente su oferta, y es contrario a la salvaguardia del interés público: no asegurarse de la correlación entre la oferta técnica y la oferta económica -remitiéndose, en cambio, a la fase de ejecución del contrato- favorece la celebración de contratos que no puedan cumplirse.

Aclaración de ofertas

TACRC 586/2022

El principio antiformalista que preside la contratación de Sector Público **permite** al órgano de contratación solicitar aclaraciones a las ofertas que incurran en defectos materiales o formales, cumpliendo estos requisitos:

- Que la petición de aclaración no se formule hasta que se haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas, y se dirija de manera equivalente a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación.
- Que la petición de aclaración se refiera a todos los puntos de la oferta que requieran una aclaración.
- Que la petición no tenga como efecto que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.
- Que en el ejercicio del margen de apreciación para solicitar aclaraciones sobre las ofertas, se respete el principio de igualdad de trato.

No es exigible al órgano de contratación que requiera aclaración de la oferta cuando el incumplimiento es patente.

No es aceptable la aclaración de la oferta cuando adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable

No cabe permitir la aportación de documentos exigidos en el Pliego de condiciones, aunque se trate de documentos que no tengan carácter baremable.

Las ofertas anormales

En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece el artículo 149 LCSP.

La LCSP impone la **obligación de establecer parámetros** objetivos para identificar las ofertas anormales o desproporcionadas cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación. Su omisión es causa de anulabilidad.

TACRC 103/2023

Parámetros para considerar una oferta anormalmente baja:

- ✓ Cuando el único criterio de valoración sea el precio, se aplicaran las previsiones del pliego o en su defecto el RGLCAP.
- ✓ Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación el PCAP debe establecer los parámetros objetivos para identificar en que una oferta se considere anormal, **referidos a la oferta considerada en su conjunto**, contemplando todos los criterios de adjudicación que sean relevantes.
- ✓ Si no se establecen esos parámetros en el pliego resultará aplicable el artículo 85 RGLCAP si estamos ante un contrato con único criterio precio. Si hay varios criterios de adjudicación no es posible aplicar el RGLCAP.

TACRC 1157/2022 JCCPE 119/2018

Las ofertas anormales

Procedimiento: dar audiencia al licitador para que justifique la viabilidad de su oferta.

- La Mesa requerirá del licitador/es que justifiquen sus ofertas anormales concediéndoles un plazo suficiente. El plazo no precisa ser común para todos los licitadores. El requerimiento debe ser claro en cuanto a cuáles son los extremos sobre los cuales ha de versar la justificación por parte del licitador.

TACRC 1561/2022 TACRC 1607/2022

- Una vez **informadas** las justificaciones por los **servicios técnicos**, la Mesa realiza la propuesta al órgano de contratación que es quien tiene la decisión.

TACRC 1565/2022

- Es posible solicitar aclaraciones sobre la justificación aportada.

- El rechazo de la oferta exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador.

TACRC 1108/2019

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales *vigentes*.

Las ofertas anormales

Justificación:

- No es necesario justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino dar argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. La justificación del licitador deberá ser tanto más exhaustiva cuanto mayor sea la baja en que ha incurrido respecto de las demás ofertas.
- La justificación de la presunción de anormalidad de una oferta en un contrato de suministro no debe ser tan exigente como en un contrato de obras o servicios.
- La justificación de la viabilidad debe considerar las mejoras ofertadas.
- No puede justificar su oferta el licitador aduciendo la ejecución de otro contrato, por muy similar que sea. Tampoco puede justificar el Órgano de Contratación el rechazo de la oferta en el deficiente cumplimiento de otro contrato
- Debe considerarse la circunstancia de que sea el actual adjudicatario: "viene prestando el servicio objeto del lote al que concurre por un precio inferior al que oferta en la licitación, sin que conste incidencia alguna"
- Las ofertas a pérdidas: ¿son admisibles?

STJUE 10/9/2020, asunto C-367/19



TACRC 1856/2021
TACRC 553/2019
TACRC 1375/2020
TACRC 274/2022
TACRC 1759/2021

TACRC1565/2022

STSJPV 980/2021

La problemática de las ofertas excluidas por inviables

Criterios discrepantes

Para el TACRC la exclusión de una oferta anormalmente baja de la que no se ha justificado su viabilidad no exige realizar una nueva valoración de las ofertas.

TACRC 716/2019
TARCJA 350/2019
TARCCYL 159/2020

SAN 779/2022. Anula TACRC 794/2019 y señala que la valoración de las ofertas debe realizarse con exclusión de la declarada anormalmente baja

Para la AN si se excluyen de la valoración las ofertas técnicas y económicas correspondientes a proposiciones que incumplen los PCAP, la LCSP y, en general, la normativa aplicable sobre subcontratación o las obligaciones medioambientales, sociales o laborales la proposición cuya oferta económica es anormalmente baja también ha de ser excluida. Además, la valoración de las ofertas técnicas no se ve influida por la asignada al resto de ofertas técnicas presentadas, pero si en la valoración de las ofertas económicas se toma en cuenta la excluida por anormalmente bajas, por más barata que fuese una oferta sin incurrir en temeridad, nunca podría alcanzar la puntuación máxima.

Subrogación de personal

La LCSP obliga a **dar información** sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo del personal que venia ejecutando el contrato en caso de cambio de contratista.

La finalidad es permitir a los licitadores una exacta evaluación de los costes laborales que supone para el adjudicatario.

Doctrina del TACRC

La doctrina del TACRC -dejando al margen singularidades- se puede sintetizar del siguiente modo:

- ✓ La obligación de subrogación no nace del contrato administrativo, sino de la legislación laboral o convenio colectivo del sector.
- ✓ En esos supuestos, el artículo 130 LCSP obliga a dar la información suficiente para que los licitadores puedan, en condiciones de transparencia e igualdad, confeccionar sus ofertas.
- ✓ La previsión de subrogación prevista en la legislación laboral o convenios no vincula a la Administración a la hora de definir el contenido de la prestación a contratar.

TACRC 607/2021

Cuándo debe preverse la subrogación en los pliegos

- La previsión de subrogación en el PCAP puede recogerse cuando así se prevea en una norma legal, en un convenio colectivo o en un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

No es posible imponer la subrogación vía pliegos.

TACRC 1355/2019

- Puede la subrogación imponerse como criterio de adjudicación? No, no puede considerarse un criterio social pues la medida está destinada a favorecer a la plantilla actualmente existente, sin que conste que los trabajadores de la misma formen parte de un colectivo desfavorecido o vulnerable

TACRC 778/2019

STS 23 de enero de 2017

- La subrogación no puede imponerse como condición especial de ejecución, el órgano de contratación no puede indirectamente obligar a ello mediante su imposición como condición de ejecución del contrato .

TACRC 468/2017

- Tampoco se admite la obligación incluida en el pliego de llevar a cabo la contratación, *ex novo*, de un porcentaje mínimo de los trabajadores afectos al servicio. Argumentación: «se encuentra condicionada a que los trabajadores de la actual adjudicataria acepten la misma, lo cual genera inseguridad en los licitadores, que desconocen a la hora de licitar si podrán cumplir con esta obligación...A ello se une que es impropio de un pliego regulador de un contrato público de servicios, la imposición al adjudicatario de una obligación de índole estrictamente laboral, cuando no consta que opere la subrogación para el empresario entrante ni por ley ni por convenio colectivo»

María Asunción Sanmartín (masanmartin@aragon.es)

TARCJA 50/2017

Subrogación de personal y presupuesto del contrato

Principales premisas sobre cómo debe influir en la elaboración del presupuesto base de licitación la existencia de personal subrogable:

- ✓ Resulta inadmisibile que haya que fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo, y en función de los costes laborales que indique la empresa saliente.
- ✓ No puede estimarse que el coste del contrato deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan.
- ✓ La entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores ni está vinculada a mantener el mismo personal.
- ✓ En caso de que un contrato prevea menos personal que el anterior y el convenio aplicable prevea la subrogación, la consecuencia no ha de ser necesariamente el despido de los trabajadores, pues el adjudicatario que se subroga en sus contratos puede asignarles otras funciones
- ✓ En caso de despedirlos los costes indemnizatorios corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; porque el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación

Obligaciones y responsabilidad del órgano de contratación

La obligación de informar recae en el órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios.

Si existe la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse —y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación.

Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 LCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

JCCPE 126/2018: desarrolla el contenido de la información a facilitar.

La falta de inclusión de la cláusula de subrogación y la omisión de información es un defecto insubsanable, conlleva la nulidad de pleno derecho.

La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente

Abreviaturas utilizadas

- JCCPE: Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
- OARCE: Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi.
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJPV: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TACP de Canarias: Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la CA de Canarias
- TACP Madrid: Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la CA de Madrid
- TACP Aragón: Tribunal de Contratos Públicos de Aragón
- TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
- TARCCYL: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León
- TARCJA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
- TCCSP: Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público

¡gracias por su atención!

María Asunción Sanmartín
(masanmartin@aragon.es)