

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 14 de febrero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.S.B., como Concejala del Ayuntamiento de Majadahonda por el Grupo Municipal Somos Majadahonda, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) correspondientes a la licitación “Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el municipio de Majadahonda”, número de expediente: 83/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 29 y 30 de noviembre de 2017 se publicó respectivamente en el BOCM y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Majadahonda el anuncio de convocatoria de la licitación del contrato de referencia, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 633.600 euros, IVA excluido.

Segundo.- El 26 de diciembre de 2017 se presentó recurso especial en materia de contratación, formulado por doña I.S.B. en su calidad de Concejala en la corporación

municipal, en el que solicita se anule el procedimiento de licitación por los siguientes motivos:

- En primer lugar en relación con el tipo de IVA, -10%-, aplicado en el presupuesto base de licitación, considera que existe un error puesto que hay contratos de Teleasistencia con un tipo reducido del 4%.

- Falta de publicación de la licitación en el DOUE al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada.

- La concreción el número máximo de hogares donde se instalarán los dispositivos para llevar a cabo el servicio, puede provocar que no se satisfagan las necesidades reales de la población beneficiaria y así se pone en riesgo el objetivo principal del contrato.

- Incumplimiento del principio de igualdad en las condiciones de acceso para la población del municipio en ciertos aspectos que se examinarán, en su caso, al analizar el fondo del recurso.

- Incumplimiento del acuerdo plenario del día 26 de julio de 2016, por el que los pliegos de contratación que no se aprueben en el Pleno Municipal deben pasar por la Comisión de Vigilancia de la Contratación.

- Falta de fijación de parámetros para considerar la temeridad de las ofertas.

- Falta de exigencia de subrogación del personal.

- Inviabilidad de la notificación al Ayuntamiento por el servicio técnico de cualquier tipo de alarma o movilización de recursos en el caso de que la incidencia se produjera en fin de semana.

- Consideración como excesivo del tiempo para de llegada de la unidad móvil (30 minutos) descrito en el PPT.

- Necesidad de descontar del precio que pagan los usuarios por día los días que puedan estar sin servicio cuando el terminal esté estropeado.

- Falta de especificación de la formación que debe tener la coordinadora del servicio y teleoperadores y de los responsables de custodiar las llaves.

El 3 de enero el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011,

de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el que solicita la desestimación del recurso por las razones que se examinarán en los fundamentos de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Frente a la alegación de la recurrente de que el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada, el órgano de contratación en su informe afirma que el procedimiento de licitación no está sujeto a regulación armonizada ya que su valor estimado no es igual o superior a los 750.000 euros en que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 118/2016, de 23 de junio, la Directiva 2014/24/UE, cuyo plazo de transposición concluyó el 18 de abril de 2016, goza de efecto directo a partir de dicha fecha. El efecto directo de las Directivas es un instrumento paliativo del incumplimiento por parte de los Estados miembros de la obligación de transposición de las mismas dentro de plazo establecido para ello, o en los casos de transposición incorrecta del contenido de las mismas; derivado del principio de primacía del derecho comunitario en los términos sentados, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, As. 6/64, Costa-Enel. En todo caso para que proceda la aplicación de las directivas invocadas por los particulares, operadores económicos, es preciso que se den una serie de requisitos y no se franqueen ciertos límites derivados de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. La consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario.

Para que pueda producirse dicho efecto es necesario, entre otros requisitos, como señala, entre otras, la Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1982, Becker, as. 8/81 que su contenido sea lo bastante claro y preciso *“en todos los casos en que las disposiciones de una directiva se presenten, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo bastante precisas, los particulares están legitimados para invocarlas frente al Estado bien cuando éste se abstenga de adaptar en el plazo debido el Derecho nacional a la directiva, bien porque haya realizado al respecto una adaptación incorrecta”*. Carecen de este requisito de precisión aquéllos preceptos de la Directiva que se refieren a medidas legislativas que apenas delimitan o perfilan, o definen de forma inespecífica.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, tal y como, entre otras, señala la Sentencia del TJUE, de 24 de septiembre de 1998, As. Walter Tögel, las disposiciones relativas al propio ámbito de aplicación y definiciones de las Directivas deben tener efecto directo. En concreto la tipología de cada uno de los contratos sujetos a la Directiva y los umbrales de armonización tiene efecto directo, y por tanto de la circunstancia de su consideración como sujetos o no a regulación armonizada, tal y como se señala en las conclusiones del documento de trabajo de 1 de marzo de 2016, elaborado por los Tribunales administrativos de contratación pública. Asimismo la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 1/2016, de 6 de abril, cuando en su punto II señala que *“El ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública y las categorías contractuales habrá que delimitarlas a partir del 18 de abril de 2016, de acuerdo con las Directivas 2014/25 y 2014/23/UE”*.

Sin embargo, como también acabamos de referir la aplicación directa de las Directivas de contratos del año 2014 encuentra ciertos límites uno de los cuales es la prohibición del efecto directo vertical descendente, establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de diciembre 2013, Portugás, asunto C-425/12, con el objeto de *“evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”* y un perjuicio a los particulares

estableciendo condiciones más estrictas para la interposición del recurso, que las que existían en la legislación nacional.

De acuerdo con lo anterior cabría afirmar que si bien el contrato no está sujeto a regulación armonizada, en virtud del efecto directo de las Directiva al tener los umbrales de armonización efecto directo como hemos indicado, sin embargo, sí que procede el recurso especial al no ser posible aplicar de forma directa el umbral de 750.000 euros por la interdicción del efecto directo vertical descendente, de manera que el recurso interpuesto en diciembre tiene un umbral de aplicación de 209.000 euros y por lo tanto es procedente el recurso de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2 a) del TRLCSP.

Tercero.- Especial examen merece el estudio de la legitimación del recurrente ante la consideración de que no existe ningún privilegio a favor del Concejal en orden a apreciar la legitimación para impugnar los actos de las Corporaciones a las que pertenecen, debiendo analizarse tanto la existencia de legitimación *ad causam* como *ad procesum*, en los términos en que se ha manifestado este Tribunal entre otras, en las resolución 65/2014, de 10 de abril.

El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para la interposición del recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. La legitimación activa se configura como una cualidad que habilita para actuar como parte accionante en un proceso. En el caso de los concejales el artículo 24.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, aprobado por el RD 814/2015, de 11 de Septiembre, establece que *“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados”*. Recoge así para el ámbito de la contratación del sector público lo establecido en el artículo 63.1 de la Ley

7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

En el caso que nos ocupa la recurrente aporta certificación de la Secretaría General accidental del Ayuntamiento de su condición de Concejal en el Grupo Municipal Somos Majadahonda, habiendo tomado posesión de su cargo el 13 de junio de 2015. Así mismo aporta acta de la sesión ordinaria de la Comisión de Vigilancia de la Contratación celebrada el 18 de octubre de 2017 en la que no participaba la Concejal ahora recurrente, compareciendo por el grupo municipal Somos Majadahonda, don Patricio Mackey Kramer, que hizo una serie de observaciones a la convocatoria del contrato que solo coinciden con las que son objeto del recurso respecto del pretendido error en el IVA. Sin embargo, en este caso la convocatoria del contrato no corresponde al Pleno sino que por delegación del Alcalde corresponde a la Junta de Gobierno Local, por lo que no es posible materializar la condición de oposición previa en el Pleno. Por lo que está legitimada para impugnar los referidos acuerdos, tal como admite la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de septiembre de 2006.

Además de la genérica legitimación *ad procesum* es preciso que la recurrente ostente la necesaria legitimación *ad causam*, que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual.

Este Tribunal viene señalando en reiteradas ocasiones respecto de la legitimación *ad causam*, (vid Resolución nº48/2013, 95/2013, 11/2011, etc.) que para precisar el alcance del citado precepto en caso de terceros interesados no licitadores, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial antes mencionada. Respecto de la legitimación del Concejal, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, “*existe una legitimación ex lege, que*

conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto, -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local. Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL, que el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido 'mediante sufragio universal, libre, directo y secreto' de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación."

El criterio seguido por la generalidad de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, es el de que debe examinarse la presencia de la legitimación *ad causam* en los concejales recurrentes, siempre con el límite de la defensa genérica de la legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que se produciría en caso contrario una especie de división de la causa, en

tanto en cuanto dichos concejales como miembros de la corporación local, sí que podrían impugnar los actos dictados por sus corporaciones en materia de contratación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que como decimos, se configura como alternativa al recurso especial.

Este examen debe hacerse intentando equilibrar el acceso al recurso en virtud del principio *favor acti*, con el carácter de recurso especial del mismo y con su finalidad, de manera que se evite en todo caso que el mismo sea utilizado para fines ulteriores de los que presiden el recurso especial, de forma que corresponde a los recurrentes determinar cuál es el interés legítimo que persiguen y en qué forma se vería satisfecho con la resolución del Tribunal sin que en tal caso pueda ser suplida dicha actividad de justificación. Ello no significa que deba hacerse una argumentación exhaustiva o profunda al respecto es suficiente una alegación o identificación somera del interés cuya presencia corresponde apreciar al Tribunal. Este interés se presume siempre *ex lege* para los licitadores, tal y como resultaba de la anterior redacción de la Ley 30/2007 cuando después de señalar que la legitimación correspondía a los titulares de un derecho o interés legítimo añade en su artículo 37.3 *“y en todo caso, por los licitadores”*.

Aplicando a este caso lo anterior resulta que son varios los motivos de impugnación hechos valer por la Concejal recurrente, habiéndose reproducido más arriba. A juicio de este Tribunal entran dentro de la esfera de intereses de los Concejales en su condición de miembros electos de una corporación municipal, los relativos a la cuantía del IVA ya que se trata en definitiva de obtener un beneficio para la Corporación mediante la determinación del tipo adecuado que evite un detrimento de las cuentas públicas, la misma conclusión puede obtenerse de la aducida falta de publicidad, dado que la misma determina la concurrencia que pudiendo ser mayor afecta a la eficiencia en la contratación pública. Lo mismo cabe señalar respecto de la aducida falta de indicación de parámetros de temeridad.

En cuanto al riesgo de que no se satisfagan las necesidades reales de la población beneficiaria y el incumplimiento del principio de igualdad en las

condiciones de acceso para la población del municipio se trata en ambos casos de cuestiones atinentes al bienestar social de cierto sector de la población del municipio, de manera que la Concejal ostenta legitimación en tanto le corresponde en el ejercicio de sus funciones atender dicho bienestar.

En cuanto al incumplimiento del acuerdo plenario del día 26 de julio de 2016, por el que los pliegos de contratación que no se aprueben en el Pleno Municipal deben pasar por la Comisión de Vigilancia de la Contratación, el pretendido incumplimiento de un acuerdo del pleno del que la Concejal forma parte, la legitima para interponer recurso fundado en dicha causa.

Respecto de la cuestión de la subrogación de los trabajadores en otras ocasiones este Tribunal ha señalado que al invocarse derechos de los trabajadores afectados no corresponde a los Concejales legitimación activa en relación con esta cuestión. Esto no obstante, en este caso se vincula la pretensión directamente con la calidad del servicio a la población afectada indicando que es precisa para obtener un clima adecuado de confianza y obtener la situación real de la persona.

Respecto de la invocación relativa a la imposibilidad de atender a la exigencia de comunicación en un plazo de 48 horas, se trata de una cuestión que no afecta en sí a la calidad del servicio, ni por ende a la protección de los ciudadanos afectados, se trata de una obligación de comunicación por parte de la adjudicataria a los técnicos Municipales con el objeto de que estén puntualmente informados y no se demore la transmisión de información relevante para el servicio. Por tanto no afectando a la esfera de intereses cuya protección entra dentro del ámbito propio de los concejales.

Tampoco aprecia este Tribunal la necesaria legitimación activa respecto de la titulación o formación de *“la coordinadora”* y teleoperadores a cargo del servicio. En este caso no aparece la vinculación con la calidad del servicio y protección de la población al reconocer la recurrente que sí se resalta que sea una formación adecuada y completa, por lo tanto esta cuestión podría afectar a la hora de redactar

la oferta para tener por ciertas las exigencias de formación del personal, cuestión que corresponde invocar en su caso a los eventuales licitadores.

Por lo tanto debe reconocerse legitimación activa a la recurrente con carácter general, si bien procede inadmitir el recurso en cuanto a los dos últimos motivos indicados, por falta de legitimación activa de la Concejal recurrente

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado el 29 de noviembre en el BOCM, y puestos los pliegos a disposición de los licitadores en el Perfil de contratante del Ayuntamiento del día 30 siguiente, por lo que el recurso interpuesto el 26 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió plazo para presentar escrito de alegaciones a los demás interesados, habiéndose personado la empresa Quavitae Servicios Asistenciales, S.A.U., en la sede del Tribunal para acceder al expediente administrativo sin que se haya presentado escrito de alegaciones.

Sexto.- En cuanto a las cuestiones de fondo invocadas por la recurrente, son varios los motivos que a su juicio justifican la nulidad de los pliegos:

1.- En primer lugar se aduce que hay un error en relación con el tipo de IVA, 10% aplicado puesto que hay contratos de Teleasistencia con un tipo reducido del 4%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 39 /2006 de 14 de diciembre de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y el artículo 91 de la Ley 37 /1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que entre los tipos impositivos reducidos contempla un tipo del 4% para *“Los servicios de teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y de noche y atención residencial, a que se refieren las letras b), c) , d) y e) del apartado 1 del artículo 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, siempre que se presten en plazas concertadas en centros o*

residencias o mediante precios que cubra más del 75 por ciento de su precio, en aplicación, en ambos casos, de lo dispuesto en dicha Ley (...)”.

Por su parte el órgano de contratación en su informe manifiesta que *“Como ya explicó en respuesta a las sugerencias realizadas por este mismo Grupo a través de la Comisión de vigilancia de la Contratación, existe discrepancia en la aplicación del IVA al ser un servicio no dirigido a personas Dependientes. Como bien señala el artículo al que se alude, será de aplicación el 4% de IVA a los servicios de teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y de noche y atención residencial, a que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado 1 del artículo 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Estos servicios están únicamente dirigidos a Personas con Dependencia reconocida. El perfil de los usuarios objeto del Servicio para el que se realiza esta licitación es de personas NO incluidas dentro del Sistema de dependencia, reforzando el papel preventivo de este recurso.*

Por una cuestión operativa de existencia de crédito, se recoge en el pliego el 10% pudiéndose, considerar facturaciones diferentes en el caso de que, excepcionalmente y por cuestión de necesidad se atendiese a algún usuario con Dependencia reconocida y/o derivase una aplicación diferente de IVA”.

En primer lugar cabe recordar que el artículo 87.2 del TRLCSP establece que el importe del IVA debe indicarse como partida independiente al establecer que *“El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”.*

El tipo de IVA a repercutir por el adjudicatario y a soportar por la Administración viene determinado no por la normativa de contratación, sino por la normativa tributaria y no depende ni de la voluntad de la Administración ni de la de

los licitadores, correspondiendo a la Administración velar por la veracidad de los datos facilitados y la adecuación y suficiencia presupuestaria del gasto derivado del contrato.

Además, según la normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido el tipo aplicable a cada operación será el vigente en el momento del devengo y según el artículo 75 de la LIVA *“Devengo del impuesto”, “Uno. Se devengará el Impuesto: (...) 2.º En las prestaciones de servicios, cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas”.*

En cuanto al tipo impositivo aplicable la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) en el apartado dos.2.3ª del artículo 91 establece un tipo impositivo reducido del 4% para determinados servicios prestados a personas en situación de dependencia entendiendo por tal, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.”*

De acuerdo con el PCAP y lo informado por el órgano de contratación *“El Servicio de TAD, fin de la presente contratación, tiene como objetivo favorecer y facilitar la permanencia en su entorno habitual, de aquellas personas que se encuentren en situación de riesgo por razones de edad, enfermedad, discapacidad o aislamiento social articulando una serie de atenciones de tal modo que esta permanencia en el domicilio se desarrolle en unas condiciones de vida óptimas de calidad, seguridad y tranquilidad para los usuarios y sus familias”.* A lo que cabe añadir que en el informe de justificación de la contratación se expone que hasta el año 2013, la Dirección General de Dependencia prestaba servicio exclusivamente a

las personas en situación de Dependencia con el recurso de teleasistencia reconocido en su Plan Individual de Atención. A partir de 2014, queda registrado en el texto del Convenio de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Majadahonda para el desarrollo de los servicios sociales de atención primaria desarrollado conforme al Protocolo General de Colaboración, entre ambas, suscrito el 31 de julio de 2008, que comprende también la protección a personas que no se encuentren en situación de dependencia. Se especifica asimismo en este informe que *“El citado Convenio establece por un lado que, serán las entidades Locales las que efectúen la selección de usuarios no dependientes, en base a criterios de carácter general establecidos por la Comunidad de Madrid y contempla el copago por parte de los usuarios del servicio con el objeto en ambos casos de prestar un Servicio homogéneo en todo su ámbito territorial”*. Para concluir que *“visto que, la Comunidad de Madrid, según se comunica en la citada Comisión de Seguimiento, no asumirá la gestión directa de la teleasistencia para personas no dependientes*.

Al carecer el Ayuntamiento de los medios técnicos y materiales necesarios para la ejecución del Servicio de Teleasistencia, éste servicio debe ser contratado”.

Por último el punto 3 del PPT Usuarios del sistema indica que claramente que se trata de mayores de 65 años o de personas con alguna discapacidad *“En ambos casos no incluidos en el Sistema de Dependencia”*.

De lo expuesto resulta claro que el servicio se dirige a las personas no dependientes, por lo que la asignación del tipo de IVA recogido en el PCAP se corresponde con lo establecido en la legislación aplicable.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

2.- Falta de publicación de la licitación en el DOUE al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada. Esta cuestión ha sido tratada en el fundamento de derecho segundo en relación con la procedencia del recurso especial y consecuente competencia de este Tribunal para resolver el recurso.

Por tanto tratándose de un contrato no sujeto a regulación armonizada al ser de aplicación directa en este punto la Directiva 2014/24/UE que establece para este tipo de contratos un umbral de armonización de 750.000 euros (hasta el 1 de enero de 2018), siendo el valor estimado del contrato 633.600 euros, no es exigible la publicidad en el DOUE de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del TRLCSP.

Por lo tanto debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo

3.- La concreción el número máximo de hogares donde se instalarán los dispositivos para llevar a cabo el servicio, puede provocar que no se satisfagan las necesidades reales de la población beneficiaria y así se pone en riesgo el objetivo principal del contrato, ya que como aduce la recurrente cada vez serán más las personas que precisen de este servicio, por lo que se debería dejar la posibilidad de *“ampliar el cupo”*.

Señala el órgano de contratación que *“Según marca El TRLCSP en su artículo 26 Contenido mínimo del contrato, deberá reseñarse ‘f) El precio cierto, o el modo de determinarlo’. Debe establecerse un presupuesto máximo de gasto para la duración del contrato, en este caso se establece el presupuesto máximo de gasto en base a precios de mercado lo que da lugar al máximo de terminales establecidos.*

Este número máximo es superior al número de terminales disponibles en la actualidad en virtud del Convenio de Colaboración entre la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Majadahonda para el desarrollo del servicio de Teleasistencia Domiciliaria. Responde así mismo a la previsión de evolución del Servicio”.

Efectivamente, como señala el órgano de contratación es obligado establecer un precio cierto total del contrato con el objeto de cumplir con las obligaciones o requerimientos presupuestarios de todo ente público, en los términos del artículo 87 del TRLCSP. No es posible dejar abierto el precio sin determinar o al menos sin establecer los parámetros para determinarlo ni siquiera en un caso en que como

este el sistema de precios establecidos es el de precios unitarios, como se desprende del Informe de la JCCA 52/2009, de 26 de febrero de 2010, cuando señala que el precio deberá ser cierto pero no necesariamente fijo, al permitirse variaciones (en este caso en función del número de personas atendidas). Ello implica el cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 1 del TRLCPS que como el mismo indica, *“tiende a asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer”*.

A ello cabe añadir que corresponde al órgano de contratación determinar las necesidades a satisfacer con el contrato cuya licitación se convoca de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.1 del TRLCSP *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”*

En el expediente consta el informe de justificación del contrato de la Responsable del Área Gerontológica.

Desde la perspectiva del control material de la idoneidad del contrato para el cumplimiento y realización de los fines institucionales, el Tribunal no puede valorar la actuación discrecional del órgano de contratación, en cuanto a la determinación de la extensión de las necesidades en él incluidas o la necesidad de que el objeto del contrato comprenda mayor o menor número de unidades, correspondiendo al mismo la decisión sobre cómo y con qué medios prestar los servicios de su competencia. El control no puede alcanzar las razones de conveniencia de los ciudadanos o de los grupos que los representan, por muy legítima que sea la petición. Eso supondría una

fiscalización política de la actuación de una Administración, por lo que no se puede aceptar el motivo de impugnación y debe desestimarse el recurso por este motivo.

4.- Incumplimiento del principio de igualdad en las condiciones de acceso para la población del municipio. En concreto se afirma que al ser únicamente obligatorios dos dispositivos de los complementos tecnológicos, específicos para personas con deficiencias sensoriales ello provoca la limitación al acceso del servicio por parte de nuevos posibles beneficiarios. Asimismo se indica que en el servicio no está incluidas aquéllas personas que por una enfermedad o accidente necesiten teleasistencia temporal. Por último aduce que el poder adquisitivo de los usuarios no se refleja en el contrato y que puede haber personas que no puedan acceder por falta de solvencia económica.

El órgano de contratación aduce que *“La teleasistencia objeto de la licitación de referencia está orientada a personas no dependientes. No todas las personas con dificultades sensoriales necesitan de dispositivos complementarios para poder beneficiarse del servicio, hasta la fecha no se ha producido ninguna demanda en ese sentido. La inclusión de los dispositivos a los que se hace referencia están pensadas en previsión a que pudieran presentarse situaciones muy especiales”*. Además se indica que en el punto 3 del PPT establece que *“En todo caso, los técnicos Municipales podrán valorar la atención de cuantas personas susceptibles de ser beneficiarias se considere adecuado en función de la situación personal o familiar.”* Con lo que es posible dar respuesta a las situaciones no preestablecidas y dar cabida a las personales y/o familias que por cuestiones sobrevenidas vean afectada su estabilidad personal o familiar y para las que la teleasistencia sea considerada a criterio técnico recurso idóneo. Finalmente respecto del acceso al servicio por motivos económicos indica que *“Los Pliegos de prescripciones técnicas reúnen las condiciones que han de regir la prestación del Servicio objeto de licitación. En este contrato no se licita el cobro del servicio por tanto, no procede incluir baremo alguno. Por otro lado, hay que recordar que, a día de hoy el Servicio de Teleasistencia es gratuito para todos los beneficiarios del mismo”*.

De acuerdo con el punto 4.3 del PPT, *“Cada terminal deberá llevar asociados, junto con el servicio básico de Teleasistencia, complementos tecnológicos (dispositivos periféricos) que denominaremos Tipo 1, que puedan mejorar las condiciones de seguridad y acompañamiento de la persona usuaria, a lo largo de la prestación del Servicio, tales como:*

- Detectores de humos/ fuego
 - Sensores de movilidad/pasividad o actividad
 - Detectores de gas
 - Dispensador de medicación
 - Dispositivos de alertas acústicas luminosas de para personas con dificultades auditivas (...) otros dispositivos adaptados a deficiencias sensoriales que permitan a través de un sistema de teclado y pantalla, con conexión al terminal de Teleasistencia, la comunicación entre el usuario y el centro de atención, que denominaremos Tipo 2. La oferta de un número extra de dispositivos sobre los obligados se incluye como mejora en el Anexo III”.
- Y en el punto VII.2 del PCAP.

Como en el caso anterior corresponde al órgano de contratación determinar las necesidades a satisfacer con el contrato, sin que se aprecie *prima facie* discriminación o trato discriminatorio a ningún sector de población específico, puesto que la situación descrita por la recurrente no es efectiva ni restrictiva de la accesibilidad a que se refiere el artículo 117.1 del TRLCSP. A ello cabe añadir que el PPT prevé la posibilidad de establecer mecanismos específicos para casos de necesidades concretas que podrían atender a usuarios temporales.

Por último respecto del precio a pagar por la población a que se refiere la recurrente no puede prosperar la alegación, en tanto en cuanto en el contrato no se licita el cobro del servicio por tanto, no procede incluir baremo alguno. Se trata esta de una cuestión que excede al ámbito del contrato ya que la prestación del servicio respecto de los usuarios no se encuentra regulada en este pliego, por lo tanto no procede pronunciarse sobre la misma, amén de que al igual que en el caso anterior, se trataría de una cuestión de conveniencia o de decisión política no de legalidad.

Séptimo.- Se invoca también el incumplimiento de un requisito procedimental. En concreto del Acuerdo plenario del día 26 de julio de 2016, por el que los pliegos de contratación que no se aprueben en el Pleno Municipal deben pasar por la Comisión de Vigilancia de la Contratación. Específicamente indica que en la Comisión del día 18 de octubre de 2017 se realizaron una serie de preguntas que según aduce no han sido contestadas y no se ha entregado a la Comisión el informe del Área de Gerontología por lo que no se han podido ver las modificaciones ni las mejoras solicitadas ni hacer nuevas aportaciones.

El órgano de contratación indica que siguiendo el Protocolo de Actuación para el análisis por la Comisión de Vigilancia de la Contratación de los expedientes de contratación cuya competencia corresponda a la JGL por delegación del Alcalde, en fecha 18 de octubre, se incluyó en la Comisión de Vigilancia de la Contratación, Cuadro Protocolo con las características principales de dicho contrato, a la vista de las sugerencias planteadas en la misma, la técnico responsable del contrato, emitió informe de fecha 2 de noviembre de 2017, todo ello incluido en el expediente de origen, en el que tuvo en cuenta algunas de las sugerencias planteadas. Además indica que *“El Protocolo previsto es resultado de una Moción aprobada por Pleno, cuya finalidad es fomentar una mayor participación de los grupos políticos y control de la actuación del equipo de Gobierno, sin que la misma suponga una técnica que sustraiga, modifique o altere el régimen competencial municipal.”*

En primer lugar consta que la Comisión se convocó y que entre otros asuntos se trató el del contrato objeto del presente recurso. No consta que se hubiera solicitado el acceso al informe de Gerontología emitido en contestación a algunas de las cuestiones planteadas en la Comisión. A ello cabe añadir que el *“pase”* previsto a la Comisión no implica ningún requisito obstativo para la aprobación del contrato de manera que habiéndose cumplido las exigencias del TRLCSP no cae apreciar déficit competencial en la aprobación del expediente de licitación.

Octavo.- Se aduce asimismo que no se incluyó en los pliegos ninguna cláusula especial ante la posibilidad de que existiera una baja desproporcionada ni los

parámetros objetivos por lo que se podría apreciar que alguna de las proposiciones no va a poder ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados en las ofertas de los licitadores.

El órgano de contratación señala que esta cuestión ya fue contestada en el informe de 2 de noviembre de 2017, trayendo a colación el apartado 2 del artículo 152 del TRLCSP, *“(...) cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionado”*, cuyo contenido es potestativo explicando que en este caso no se ha considerado oportuno dado que el adjudicatario se verá obligado a cumplir las condiciones que se asuman en contrato sin que por ello pueda verse mermada la calidad de la prestación, ni en cuanto a tecnología, ni a gestión del servicio.

Como se desprende de la dicción literal del artículo 152 el establecimiento de parámetros específicos para apreciar la anomalía o desproporción de las ofertas es potestativo, ya que se utiliza la expresión *“podrá”*.

A mayor abundamiento el artículo 67 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), regulador del contenido de los PCAP, indica que *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate.*

(...)

k) En su caso, cuando el contrato se adjudique mediante forma de concurso los criterios objetivos, entre ellos el precio, que serán valorados para determinar que

una proposición no puede ser cumplida por ser considerada temeraria o desproporcionada”.

El término “*en su caso*” abunda en la consideración potestativa de la previsión.

Como ya dijimos en nuestra Resolución 41/2017, de 8 de febrero, el TRLCSP, para fijar el umbral de temeridad de las ofertas, establece un sistema que distingue según cuál sea la naturaleza y número de los criterios de adjudicación. Del tenor literal del artículo 152 y los preceptos del reglamento más arriba indicados se desprende que, en los casos de subasta (o criterio único, precio), la apreciación de la anormalidad o desproporción de las ofertas se hace según los parámetros desarrollados reglamentariamente en el artículo 85 del RGLCAP. En cambio cuando para la adjudicación del contrato se utilicen pluralidad de criterios, tanto el artículo 152.2 del TRLCSP como el 67.k) del RGLCAP se remiten a lo que opcionalmente regule el propio PCAP sin que resulte obligatorio, ni aplicar el artículo 85 del RGLCAP (lo prohíbe el artículo 90) ni fijar algún criterio para apreciar la temeridad, sino que es potestativo para la Administración fijar o no, a priori, los específicos parámetros o límites que determinen la incursión en valores anormales o desproporcionados de las ofertas que se presenten.

Debe por tanto desestimarse el recurso por este motivo.

Noveno.- Agrupa la recurrente otra serie de causas que invoca como sustento de sus pretensiones bajo la consideración de características de los pliegos técnicos, si bien todas ellas en términos de posibilidad o conveniencia no de obligación legal. En concreto:

1.- Falta de exigencia de la obligación de subrogación que “*no se entiende*” ya que sería conveniente para obtener un clima adecuado de confianza y obtener la situación real de la persona.

Señala el órgano de Contratación que *“La exigencia recogida en este punto nada tiene que ver con cuestiones de subrogación del personal sino de organización y funcionamiento de la empresa adjudicataria.”*

Efectivamente se trata de dos cuestiones distintas de un lado la posible subrogación del personal y de otro el mantenimiento de la plantilla que no van necesariamente aparejadas porque una vez adjudicado el contrato con obligación de subrogación cabe asignar al personal a otros contratos o servicios, o bien despedirlo con el correspondiente cumplimiento de las obligaciones laborales aparejadas o establecer otra organización del mismo que no permita cubrir el objetivo indicado en el recurso.

A ello cabe añadir que nada dice la recurrente sobre la procedencia o no de la subrogación del personal concreto de este contrato vía Convenio Colectivo. Este Tribunal así como el resto de los órganos encargados de la resolución del recurso especial ya han indicado en varias ocasiones (véase la Resolución 235/2016, de 2 de noviembre) que no es posible el establecimiento de la obligación de subrogación en los pliegos, esto es, la subrogación contractual, si no está prevista en la Ley (subrogación legal para el caso de sucesión de empresas que no se da en la contratación pública) o convencional, aquella que establece en los Convenios colectivos fruto de la negociación laboral.

Por lo tanto no procede estimar el recurso por este motivo.

En cuanto al tiempo establecido de llegada en caso de situaciones de emergencia, (30 minutos) se limita a indicar la recurrente *“consideramos que es excesivo (...) pensamos que el tiempo debe ser como mínimo la mitad del propuesto”*. Contesta el órgano de contratación reproduce el punto 4.3.6 del PPT y que *“Establecer un límite inferior sería una falacia dado que eso solo sería posible estableciendo una unidad móvil en cada uno de los domicilios y es presuponer de antemano una falta de profesionalidad en los prestadores del servicio”*.

Como más arriba se ha indicado respecto del establecimiento de los umbrales para apreciar la temeridad de la ofertas, se trata esta de una cuestión de oportunidad no de carácter jurídico o de legalidad por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la misma, debiendo desestimarse el recurso por este motivo.

En cuanto a la posibilidad de que se descuente el precio que pagarían los usuarios del servicio en los supuestos de reparación de los terminales, además de haber previsiones en el PPT para la reposición inmediata de los mismos *“Se debe contar con un sistema de gestión del equipamiento técnico que asegure el mantenimiento preventivo y correctivo y disponer de un stock que permita la reposición inmediata en los casos necesarios”*, lo cierto es que la posibilidad de rebaja que plantea la recurrente es una cuestión externa a este contrato, como también lo es el establecimiento de un baremo por la prestación del servicio, más arriba señalado, correspondiendo en su caso la decisión al órgano competente en la regulación de la prestación del servicio público, no necesariamente del contrato para hacerlo efectivo.

Por último en cuanto a la falta de determinación de quien custodiaría las llaves, señala el órgano de contratación que esta obligación corresponde *“Evidentemente a la empresa adjudicataria y siempre que el usuario así lo autorice. En el PPT, en su punto en el punto 5.1 d - Otras obligaciones, se establece que al inicio de la prestación, la entidad adjudicataria deberá presentar Proyecto técnico descriptivo de la organización y funcionamiento del servicio que deberá cumplir necesariamente los requisitos técnicos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas. Deberá contemplar como mínimo protocolos de alta y baja en el Servicio; de custodia y manipulación de llaves; de suspensión temporal; de gestión, coordinación y comunicación con el Ayuntamiento; de mantenimiento preventivo y correctivo, de actuación ante emergencias (...)”*.

Comprobado este contenido del PPT por el Tribunal queda claro que la manipulación de llaves (custodia) corresponde a la adjudicataria que deberá

presentar un proyecto técnico que contemple cómo se efectuará dicha manipulación o custodia por lo tanto el recurso carece de fundamento en relación con este motivo debiendo desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.S.B., como Concejala del Ayuntamiento de Majadahonda por el Grupo Municipal Somos Majadahonda los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas correspondientes a la licitación “Prestación del servicio de teleasistencia domiciliaria en el municipio de Majadahonda”, número de expediente: 83/2017, en cuanto a los motivos indicados en el fundamento de derecho segundo de esta Resolución.

Segundo.- Desestimar el recurso interpuesto en cuanto al resto de motivos invocados.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.