

Recurso nº 349/2020
Resolución nº 4/2021

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

En Madrid, a 12 de enero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal del sindicado Progreso y Autonomía (en adelante PROGRESA), contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “Gestión del complejo asistencial de Vallecas para personas mayores afectadas de la enfermedad de Alzheimer (residencia, centro de día y centro de formación, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales, familias, igualdad y natalidad de la Comunidad de Madrid número de expediente 186/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 13 de noviembre, en el DOUE el día 16 de noviembre y en el BOCM el 23 de noviembre, todos ellos del año 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división el lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 24.616.470,10 euros y su plazo de duración será de tres años con posible prórroga hasta alcanzar la duración máxima de cinco años.

A la presente licitación se han presentado 4 proposiciones

Segundo.- El 4 de diciembre de 2020, se formuló por la representación de PROGRESA ante el órgano de contratación, el recurso especial en materia de contratación formulado, en el que solicita la modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en relación con varios aspectos, lo que conlleva su anulación y tras las rectificaciones oportunas procederá a una nueva convocatoria de la licitación de este servicio.

Tercero.- El 11 de diciembre de 2020 el órgano de contratación remitió a este Tribunal junto con el recurso especial en materia de contratación presentado por PROGRESA y la documentación que le acompaña, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto .- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 17 de diciembre de 2020, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a la convocatoria el día 22 de diciembre para la apertura y conocimiento de las ofertas, lo que conllevaría en caso de estimación del presente recurso a la nulidad de todo el procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el

recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un sindicato que incluye en sus estatutos la acción sobre el ámbito laboral en que se circscribe el servicio objeto de licitación. Así de conformidad con el segundo párrafo del art. 48: *“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado el día 13 de noviembre en el perfil de contratante, poniéndose los pliegos de condiciones a disposición de cualquiera e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación, el 4 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y el PCAP, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se distinguen tres motivos en los que se basa la pretensión del recurrente, que se estudiarán de forma separada para determinar en primer lugar si el recurrente está legitimado para la impugnación de los pliegos de condiciones en cada caso.

5.1 Insuficiencia del presupuesto base de licitación y por ende del valor estimado del contrato para cubrir los costes necesarios para su ejecución.

Bajo este título general, el recurrente en su recurso desarrolla verdaderamente el que denomina tercer motivo de recurso, esto es la inexistencia de desglose de los conceptos que integran los costes indirectos.

El recurrente considera que el PCAP vulnera lo dispuesto en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP al no desglosar dentro del concepto costes indirectos los relativos a los servicios de manutención, peluquería, mantenimiento, limpieza, conductores y formadores.

A este respecto el órgano de contratación considera que el recurrente no está legitimado para la impugnación en esta materia.

Invoca la doctrina de este Tribunal en cuanto a la distinción entre la legitimación *ad persona* y la legitimación *ad causam*, considerando en consecuencia que aquellos términos del PCAP relativos a los costes que no tengan la consideración de costes directos no deben ser objeto de recurso.

Añade, además que los costes indirectos que pretende impugnar el recurrente son los propios de posible subrogación por parte del adjudicatario, motivo por el cual

refuerza su posición de considerar que el recurrente no está legitimado para la impugnación del PCAP por este motivo.

La cláusula 1.23 del PCAP establece aquellas tareas consideradas críticas por el órgano de contratación y por ello no susceptibles de subcontratar de conformidad con lo establecido en el artículo 215.1 de la LCSP, reduciéndolas al personal sociosanitario que prestará el servicio.

El órgano de contratación, desde sus memorias previas que inician el procedimiento de licitación considera como servicios críticos la prestación de los servicios sociosanitarios, en base a esta apreciación, limita la subcontratación al resto de servicios complementarios que deben contener la ejecución del contrato, tales como cocina, mantenimiento, servicios estéticos a los residentes etc.

Es por ello que el desglose del presupuesto considera a este segundo grupo de gastos como indirectos, diferenciándolos así de los servicios críticos que son considerados como costes directos.

A la pretensión del recurrente de considerar como costes directos los propios del personal auxiliar al servicio, el órgano de contratación considera que es un aspecto de los pliegos de condiciones que escapa a la legitimación ad causam del sindicato, pues nada ganan ni pierden los trabajadores propios de la empresa adjudicataria con la consideración de los servicios de posible subcontratación con la variación de esta consideración.

Invoca la Resolución 62/2018 de este Tribunal donde se considera que el sindicato recurrente no tiene un interés legítimo respecto de cuestiones que tratan de condiciones de la licitación.

Vistas las posiciones de las partes es necesario determinar en primer lugar si PROGRESA está legitimado para formular este motivo de impugnación que

recordemos se concreta en la falta de desglose del concepto económico coste indirecto.

Este Tribunal considera que dicha pretensión rebasa las condiciones establecidas en el párrafo segundo del art. 48 de la LCSP, por lo que el recurrente carece de legitimación *ad causam* en este motivo de impugnación.

Es doctrina de este Tribunal valiendo por todas la Resolución invocada en apartado anterior que las condiciones económicas y técnicas de la licitación exceden del ámbito de las relaciones laborales por lo que deben inadmitirse los motivos de recurso mencionado por falta de legitimación activa del recurrente.

5.2 Incumplimiento del deber de subrogación del personal al no estar contemplado en el presupuesto base de licitación la totalidad de los costes laborales.

El recurrente considera que según el listado de personal a subrogar el número de empleados para la ejecución de este contrato son 129,61. Poniendo de manifiesto que según el apartado 4 del PCAP donde se desagregan los datos del coste de personal, según categorías, horarios, jornadas y referidos todos los costes al convenio colectivo aplicable, el personal necesario para la prestación de este servicio será de 112,53 trabajadores.

Deduce por tanto que no se ha considerado a 17,08 trabajadores en el contrato que se pretende adjudicar.

Por su parte el Órgano de contratación considera que ha efectuado los trámites que enumera el art. 130 de la LCSP, es decir poner a disposición de los licitadores el listado de personal, facilitado por la actual contratista, donde figuran el número de trabajadores, su antigüedad, su tipo de relación contractual con la empresa y su salario. Todo ello en base a que la obligación del órgano de contratación es informar

de los trabajadores que en aplicación del convenio colectivo que le es de aplicación se reconoce la subrogación de la plantilla.

Alega que PROGRESA no pone en duda ni la existencia del listado ni los datos allí recogidos, sino que plantea que el listado contiene más profesionales de los que se desprenden del PCAP, si entrar a otro tipo de valoraciones.

Como ya ha recordado este Tribunal en diversas ocasiones la circunstancia de tener la obligación de subrogar a un determinado número de trabajadores, derivada del convenio colectivo de aplicación, no significa que ese mismo número deba ser empleado en la ejecución del contrato puesto que son las prestaciones exigidas por el PPT las que van a determinar la mano de obra necesaria y por consiguiente el precio a ofertar.

La Resolución 189/2020 de 13 de agosto, recoge el criterio mantenido con carácter general estableciendo que “Como ha mantenido este Tribunal en anteriores ocasiones, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, al fijar el importe de licitación de un contrato, pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera”.

En el mismo sentido la Resolución 104/2018 de 11 de abril, señala: “Cuestión distinta de la subrogación es el cálculo de los trabajadores necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato. Ese cálculo no deriva de la subrogación o no de los trabajadores actuales, sino de los requisitos de la prestación establecidos

en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Evidentemente, ese cálculo se debe trasladar a la oferta económica correspondiente”.

El órgano de contratación en su informe argumenta que para las horas exigidas en el Pliego son necesarios 112,53 independientemente del número de trabajadores que figuren en el listado de personal susceptible de subrogación, por lo que el presupuesto base de licitación debe recoger todos los costes laborales precisos para la ejecución del servicio, no los costes precisos para el mantenimiento de la anterior plantilla.

El Tribunal comprueba que efectivamente, tanto la memoria económica como el PCAP como el PPTP establecen el número de horas que el órgano de contratación ha tenido en cuenta para calcular los costes salariales por lo que debe concluirse que aunque debe asumirse la totalidad de los trabajadores a subrogar, no es necesario que su coste se traslade a la oferta si como es el caso, para la realización de la prestación exigida es suficiente un número menor. Es la prestación la que determina la oferta y no la obligación de subrogación.

Por todo ello se desestima este motivo de recurso.

5.3 Falta de previsión económica por los costes que provocan los protocolos anti Covid en materia de prevención de riesgos laborales.

Nuevamente se plantea si un sindicato posee legitimación activa para impugnar este motivo de recurso.

El recurrente considera que los gastos derivados de la prestación del servicio objeto del contrato deben reflejar una partida individualizada que cubra los gastos por epis ante la situación que la pandemia por Covid-19 ha generado. Esta partida no se encuentra individualizada en el desglose del presupuesto base de licitación.

Por su parte el órgano de contratación vuelve a considerar que el recurrente no está legitimado para invocar este motivo de recurso, al tratarse de un gasto que tendrá que asumir la empresa adjudicataria, así como las subcontratadas dentro de las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales le corresponden como empleador.

En este caso este Tribunal considera que los gastos propios de los equipos de protección individual que corresponda a cada trabajador en relación con su puesto de trabajo es un coste general de la empresa, sin obligación alguna de incluirse en el concepto de costes directos y que formarían parte de los costes indirectos generales dentro del apartado de gastos generales. El tipo de equipo que en cada momento sea preciso variará en su composición y por tanto en su coste, su existencia y entrega al trabajador se incardina como una obligación de la empresa a sus trabajadores, materia esta extraña y ajena al órgano de contratación.

Por todo ello, al igual que en el apartado 5.1, este Tribunal considera que el recurrente no está legitimado ad causam para la impugnación del PCAP por este motivo, por lo cual se inadmite.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal del sindicado Progreso y Autonomía, contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicios “Gestión del complejo asistencial de Vallecas para personas mayores

afectadas de la enfermedad de Alzheimer (residencia, centro de día y centro de formación, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales, familias, igualdad y natalidad de la Comunidad de Madrid número de expediente 186/2020, en cuanto al motivo de recurso relativo a la obligación de contratar el mismo número de trabajadores que figuran en el listado de personal susceptible de subrogación e inadmitir el recurso en el resto de motivos en que se fundaba por falta de legitimación activa.

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 17 de diciembre de 2020.

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 59 de la LCSP.