

**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 de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (en adelante ASADE), contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicios de gestión del Centro de atención a las personas mayores dependientes con alteraciones de conductas. «El Berrueco». Número de expediente A/SER-025694/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de noviembre de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y al día siguiente en el DOUE y BOCM la convocatoria de la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, pluralidad de criterios y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato es de 13.554.617,30 euros, siendo el plazo de ejecución del contrato de tres años prorrogable hasta 5 años en total.

A la presente licitación se han presentado 5 proposiciones.

Segundo.- El 3 de diciembre de 2020, la representación de ASADE presentó ante el Órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato basando dicho recurso en la insuficiencia y la falta de desagregación del presupuesto base de licitación del contrato.

Tercero.- El 10 de diciembre de 2020 el Órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso especial en materia de contratación presentado por ASADE así como la copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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, desde el día anterior a la apertura de las ofertas evaluables de forma automática, 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 que avanzar en el conocimiento de dichas ofertas, podría producir la nulidad de todo el procedimiento en el caso de que se estimara el recurso total o parcialmente.

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 recurso.

Segundo.- Procede en primer lugar determinar la legitimación del recurrente. El apartado segundo in fine del artículo 48 de la LCSP establece que *“en todo caso se*

entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Es criterio de este Tribunal considerar representativa a aquella organización empresarial cuyo ámbito de actuación coincida con el objeto del contrato y sus asociados puedan ser potenciales licitadores. No consideramos necesario ni que dicha organización sea firmante de los convenios colectivos propios del sector productivo concreto ni que reúna las condiciones de representación establecidas en la Disposición Adicional 6ª del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Consultados los estatutos de ASADE comprobamos que en su artículo 3 establece su ámbito de actuación: *“sin limitación alguna, a todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la prestación de servicios de atención en el domicilio (SAD), así como otras prestaciones relacionadas con la dependencia, incluidas las actividades de teleasistencia y residencias. Su ámbito territorial abarcará todo el territorio del Estado Español, pudiendo actuar y participar en todos los órganos de ámbito de la Unión Europea, así como dentro del ámbito Internacional”.*

Es por ello que se reconoce legitimación a ASADE para la formulación del recurso especial en materia de contratación que nos encontramos resolviendo.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio impugnado fue publicado el 12 de noviembre de 2020 e interpuesto el recurso, ante el Órgano de contratación, el 3 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo de los artículos 44.1 a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se pretende la nulidad de los pliegos de condiciones, basándose en diferentes motivos.

Como primer motivo de impugnación el recurrente considera que el presupuesto base de licitación y el valor estimado son insuficientes para ejecutar el servicio y no adecuados al precio general del mercado.

Alega que no se han considerado distintos costes que elevarían el presupuesto aprobado en un 24,11%.

Para concretar este amplio motivo de recurso, procede a subdividir en diferentes causas su pretensión.

Para lograr una mayor claridad expositiva se irán tratando individualmente.

En primer lugar, considera que estos pliegos deben ser anulados por la omisión del desglose de costes indirectos, señalando que: *“Los presentes pliegos vulneran los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, en lo que aquí interesa por la existencia de errores e inconcreciones en el cálculo del presupuesto base de licitación y por la falta de desglose de costes con desagregación de género y categoría profesional. La literalidad de estos artículos es clara cuando impone que, sea en el PCAP o en el documento regulador de la licitación, se desglosen los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y los costes salariales estimados de forma desglosada y con desagregación de sexos constituyendo una norma imperativa (...)”*.

Manifiesta que determinados servicios como los de limpieza, cocina, restauración, peluquería, podología, lavandería y mantenimiento no son considerados como costes directos, sino como indirectos, no estando en consecuencia desagregados como establece el art. 100.2 de la LCSP.

Considera por tanto que siendo estos gastos propios de mano de obra y siendo exigidos en el PPTP y recogidos dichas categorías en el VII Convenio

Colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (en adelante Convenio Colectivo), deberían ser considerados como gastos directos y en consecuencia desagregados conforme establece el art. 100.2 de la LCSP

Invoca diversa doctrina del Tribunal Administrativo Central de Contratación Pública e informes de la Junta Consultiva del Contratación del Estado, sobre la obligatoriedad de descomponer el presupuesto base de licitación en los términos establecidos en el art. 100.2 de la LCSP

El Órgano de contratación a este respecto manifiesta que *“el personal mínimo establecido en el contrato es el que presta atención directa a los usuarios. El resto de prestaciones, tal y como establece la cláusula 1.23 del PCAP podrá ser subcontratado.*

Por lo tanto, el personal sociosanitario de atención directa a los usuarios es obligatorio, en todo caso, que dependa de la entidad adjudicataria y por ello los gastos de este personal se han incluido dentro de los gastos directos con un desglose por categoría. Las prestaciones accesorias (administración, cocina, lavandería, etc.) podrán prestarse por el adjudicatario mediante personal propio y a través de una relación laboral o recurriendo a una empresa de servicios mediante una relación mercantil. Esta última razón es la que determina que los gastos relativos a las prestaciones accesorias se recojan dentro de otros componentes del precio de licitación (costes indirectos)”.

Vistas las posiciones de las partes, debemos centrar el tema objeto de debate. No se pone en duda por parte del recurrente la suficiente consignación de cantidad en el presupuesto para afrontar los gastos salariales referentes al personal que prestará los servicios auxiliares al principal, sino su correcta distribución como costes directos en lugar de indirectos y su falta de tratamiento como tales.

Es decir, nos enfrentamos a dilucidar si estos servicios auxiliares deben ser considerados costes salariales integrantes de los costes directos o bien costes indirectos.

Se ha de advertir que el art. 100.2 es parco a la hora de determinar cuáles de los costes de un contrato son directos o indirectos. Han sido distintas interpretaciones a través de resoluciones de los Tribunales especiales en materia de contratación, las que han ido delimitando tales conceptos.

Este Tribunal reconoce que es causa de desconcierto el uso de diferentes conceptos económicos por la ley según se trate del presupuesto base de licitación o del valor estimado y especialmente en relación a la ausencia de definición de los conceptos introducidos para efectuar esos cálculos.

De esta forma en numerosas Resoluciones, valga por todas, la Resolución 11/2019, de 23 de enero de 2019, establece que: *“Se advierte que los conceptos de gastos generales y beneficio industrial aparecen recogidos en cuanto a la determinación del valor estimado y sin embargo no constan en cuanto a la determinación del presupuesto base de licitación y su desglose según la redacción del artículo 100.2.*

Se considera que el artículo 101.2 si enumera los conceptos económicos que forman el valor estimado del contrato, entendiéndose en consecuencia aplicables al 100.2, por lo que puede afirmarse que los gastos directos serán los propios de la ejecución del contrato y costes indirectos los relativos al beneficio industrial y los gastos generales, toda vez que su existencia y su cuantía variará en función de cada empresa y para cada caso concreto.

Así los gastos propios de la ejecución de los servicios o de las obras son fácilmente determinables y cuantificables. Siendo además intención de la LCSP, en especial para los contratos donde los costes de mano de obra sean mayoritarios, un especial tratamiento, conocimiento y respeto hacia dichos costes. Se trae a colación la Resolución 632/2018, de 29 de junio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece que: “A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes

de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación.

Interesa destacar que los costes directos determinarán por sí mismo el presupuesto de licitación de forma precisa, por lo que la oferta a la baja que proponga el licitador afectará sobre todo a los costes por gastos generales y beneficio industrial. (...)

Mención especial merece el contrato de servicios con importante presencia de personal, como es el caso que nos ocupa. Dicho precio vendría marcado por el coste salarial pactado en Convenio Colectivo, de ahí que el artículo 100.2 LCSP exija que en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forma 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.

A partir de dichos preceptos, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha reconocido que en la legislación ahora vigente se produce una mayor vinculación entre la normativa laboral y la contractual, que lleva a un inexorable desglose de los costes que conforman el presupuesto base de licitación y en especial la observancia de los preceptos sobre material de retribuciones, entendiéndose por tales tanto la determinación del convenio colectivo aplicable, como el desglose de precios en cuanto a este concepto.

Se traen a colación las siguientes resoluciones de distintos Tribunales que coinciden en los planteamientos manifestados, Resoluciones del TACRC números 632/2018 de 29 de junio de 2018, 861/2018 de 1 de octubre de 2018, Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía números 233/2018, de 2 de agosto de 2018 y 231/2018 de 30 de julio de 2018. Así como la Resolución de este Tribunal 191/2018, de 27 de junio de 2018.

Ahora bien, para determinar si la ausencia del desglose salarial es causa de anulación de los pliegos habrá que atender a las circunstancias del caso concreto.

Porque habrá supuestos en los que no se declarará la concurrencia de este vicio, si la información pertinente es fácilmente deducible del contenido del pliego. En este sentido, tal y como este Tribunal manifestó en la Resolución 284/2018, de 19 de septiembre de 2018, “En este caso, si bien el PCAP establece el precio hora total de las diferentes actividades objeto del contrato, no contiene el desglose de los diferentes costes que lo componen ni hace referencia, como tampoco lo hace la memoria ni el informe de determinaciones, al convenio colectivo que se ha tenido en cuenta para su elaboración. No obstante, la información sobre el convenio que se ha considerado para el cálculo puede deducirse fácilmente (...) y por tanto la deficiencia inicial del expediente puede considerarse subsanada”.

En el caso que nos ocupa refiere especial dificultad por tener en primer lugar que determinar si los servicios que no son considerados críticos por el Órgano de contratación y en consecuencia subcontratables deben considerarse como gastos de personal a los efectos ya desarrollados o por el contrario deben considerarse servicios auxiliares al servicio principal.

Indudablemente es el Órgano de contratación quien de conformidad con el artículo 28 de la LCSP debe determinar la naturaleza y la extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido. En este caso esta determinación lleva al Órgano de contratación a distinguir de forma radical entre el personal sociosanitario que ejecutará el servicio con el personal de oficios que desarrollaran tareas auxiliares.

Es la propia naturaleza del servicio la que provoca esta distinción, fácilmente entendible de la sola lectura del objeto del contrato.

De ahí que solo a los primeros, personal sociosanitario, considere labor crítica y no subcontratable, mientras que sobre el segundo grupo, labores auxiliares, no delimite su subcontratación. Ahora bien, la delimitación de labores críticas en el PACP tal y como determina el artículo 215.1 y letras d) y e) del apartado 2 no altera por sí misma la distinción de costes en el presupuesto base de licitación. Dicho lo cual, la consideración de costes generales a los propios de la prestación directa del servicio, ejercicio de labores sociosanitarias y la denominación de costes indirectos

al resto de trabajos y materiales necesarios para la prestación total del servicio, es una diferenciación que en el presente supuesto consideramos aceptable.

Cuestión distinta es que esta división conllevara oscuridad en el conocimiento de las cantidades consignadas para la ejecución de los distintos trabajos requeridos en los pliegos de condiciones.

Se comprueba por este Tribunal que en la memoria económica del contrato consta la desagregación del precio por conceptos, de estos denominados costes indirectos de la siguiente forma:

*“El importe total de Gastos corrientes y servicios presupuestados para la residencia El Berrueco, asciende a **904.299,65 euros**.*

*En cuanto a los costes de **alimentación** se han tenido en cuenta las retribuciones del personal: 2 cocineros y 3 pinches de cocina (103.857,81 €), así como la materia prima (153.994,50 €). En total los gastos de alimentación ascienden a 257.852,31 €. Se anexa hoja de cálculo.*

*Por lo que respecta a los gastos en **limpieza y lavandería** se han estimado igualmente las retribuciones de 13 limpiadores por un importe de 265.191,67 €, así como productos de limpieza y de lavandería 39.263,74 € que totalizan 304.455,41 €. Se anexa hoja de cálculo.*

*Los costes de **mantenimiento y reparaciones** se componen de gastos de personal: 1 oficial de mantenimiento y 1 auxiliar de mantenimiento por importe de 39.108,02 € y de los gastos de materiales y servicios externos, por importe de 69.039,31 €, ascendiendo ambos a 108.147,33 €. Se anexa hoja de cálculo”.*

Apreciamos que la desagregación que impone el art. 100.2 de la LCSP consta también para el personal auxiliar de oficios en la memoria económica del contrato, por lo que consideramos cumplida la normativa por el Órgano de contratación.

A la vista de las manifestaciones de la recurrente y del Órgano de contratación debe señalarse que la consideración como coste indirecto de este personal por su consideración como servicio subcontratable es un debate técnico respecto del que este Tribunal no puede decidir, por lo que ha de prevalecer sin duda el criterio técnico del Órgano de contratación.

Como ha señalado el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 306/2020 de 13 de noviembre o la 187/2019 de 16 de mayo, “cabe traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.

Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

En segundo lugar, considera el recurrente que el listado de personal a subrogar se encuentra sobredimensionado en relación a la consignación que se efectúa en el presupuesto base de licitación como costes salariales. Concreta que la diferencia entre el personal considerado en el presupuesto y el existente en el listado difiere en 8,8 trabajadores.

Como consecuencia a ello considera que el presupuesto base de licitación no es adecuado al precio cierto del servicio que se pretende contratar, invocando numerosas resoluciones de distintos Tribunales Especiales en relación a la necesidad de que el presupuesto base de licitación alcance los precios de mercado.

El Órgano de contratación manifiesta que *“los requisitos de la plantilla y ratios de atención directa son establecidos en el PPT sobre la base de los criterios técnicos establecidos por la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. El pliego de prescripciones técnicas son el resultado por una parte de la concreción de los objetivos que se pretenden cumplir con el contrato y los medios que han de disponerse para ello y por otro de la experiencia del órgano promotor del contrato en relación con la ejecución de contratos anteriores de similar naturaleza. Es por tanto al Órgano de contratación, al que le corresponde determinar las exigencias técnicas del contrato y los cambios que han de producirse en un nuevo pliego respecto al anterior o anteriores similares”*.

Como ya ha advertido 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 63,87 trabajadores independientemente del número 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 de determinado personal.

Por todo ello se desestima también este motivo de recurso.

Como tercer y cuarto motivos de impugnación el recurrente considera que no se han considerado los complementos variables de vacaciones ni los complementos salariales consolidados del personal subrogable, infringiendo en consecuencia nuevamente lo establecido en el art. 100.2 de la LCSP

El Órgano de contratación a este respecto considera que la valoración salarial se ha efectuado sobre una plantilla tipo y no sobre la plantilla específica a subrogar,

por lo tanto, desconoce los pluses específicos de cada personal y aplica el régimen de vacaciones de forma general y lineal.

Es necesario destacar que las necesidades en materia de personal para la ejecución de un contrato las establece el Órgano de contratación, no la empresa adjudicataria del servicio, como ya hemos mencionado en el apartado anterior. Por lo tanto, las vacaciones, pluses y otros emolumentos propios de cada puesto de trabajo no pueden ser trasladados sin mayor corrección al presupuesto del contrato.

Amén de que la subrogación de trabajadores lo que conlleva es el derecho del trabajador a mantener un puesto de trabajo de similar naturaleza, no a conservar el mismo puesto de trabajo en idénticas condiciones. La normativa laboral vigente permite la modificación de las condiciones de trabajo cuando se cumplan determinadas condiciones.

No obstante, lo dicho en el presupuesto base de licitación se han tenido en cuenta los pluses, el absentismo laboral, la antigüedad de la plantilla, no destacando si dentro de esos pluses están integrados los específicos que menciona el recurrente.

En la memoria económica que forma parte del expediente de contratación, se consideran tanto la antigüedad como el absentismo como los distintos pluses que se reflejan en el listado de personal a subrogar. Con el siguiente textual:

“Gastos de suplencias (Absentismo 5,3% sobre retribuciones + antigüedad + pluses) + Coste Social del absentismo: 75.922,01€”.

Este Tribunal ha comprobado la lista de personal y ha verificado que solo 11 trabajadores perciben en la actualidad dicho plus, cifrándose de forma muy dispar desde unos cientos de euros anuales con carácter general a varios miles en contados trabajadores.

Por todo ello se considera que los cálculos efectuados por el Órgano de contratación en relación a los costes de personal socio sanitario que efectúa labores

esenciales son correctos en su cálculo y formulación y en consecuencia se desestima el recurso en base a estos dos motivos.

En quinto lugar, el recurrente denuncia la falta de previsión de los incrementos salariales que se experimenten a lo largo de la vigencia del contrato y que pondría en grave peligro el equilibrio financiero de este.

El Órgano de contratación alega al respecto que *“el art. 8 del convenio colectivo dispone en su párrafo segundo que denunciado el convenio, en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo, se entenderá que el contenido íntegro del convenio se prorroga provisionalmente hasta tanto no se llegue a acuerdo expreso; hasta que se llegue a ese acuerdo expreso se incrementara anualmente, en el mes de enero, los conceptos retributivos en la misma cuantía que el índice de precios al consumo real del año anterior, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Final del presente convenio. Dicha DF. 2ª establece que la cláusula de revisión salarial automática para el caso de ultraactividad del presente convenio colectivo contenida en el artículo 8 operara en el caso de que, en el momento de ser aplicada, el producto interior bruto de la economía española publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo público o privado, que haga sus veces, haya experimentado un incremento anual superior al 2 por ciento”*.

Comprobado por este Tribunal que el convenio colectivo aplicable tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018, que los precios utilizados para el cálculo de los costes son los propios de 2019 y que se espera una caída del producto interior bruto en el presente ejercicio de un -11% del PIB y un -6% del PIB para el próximo año 2021, es claramente constatable que no se van a producir revisiones salariales en los próximos años.

Si ampliamos el estudio a los pasados años de la última crisis económica confirmamos las siguientes variaciones:

Año 2008: 0,9%

Año 2009: -3,8%

Año 2010: 0,2%

Año 2011: -0,8%

Año 2012: -3,0%

Año 2013: -1,4%

Año 2014: 1,4%

Por lo que a la vista de la situación económica nacional y sus previsiones en cuanto a las variaciones del PIB derivadas de la crisis económica producida por la pandemia del Covid-19, calcular una posible revisión salarial por parte del Órgano de contratación en la documentación preparatoria de la licitación podría considerarse alcista del presupuesto base de licitación y por ende del valor estimado del contrato.

Por todo ello se desestima este motivo de recurso

En sexto lugar el recurrente plantea la insuficiencia del presupuesto en tanto en cuanto no destaca partida alguna para afrontar los gastos derivados por el Covid-19. Incluyendo en estos no solo los propios de los trabajadores sino también los necesarios para los usuarios de los centros. Invoca la Resolución 376/2020 del TACRC donde se considera que los gastos provocados por el uso de mascarillas y geles hidroalcohólicos deben ser tenidos en cuenta como partida de gastos. En este caso el objeto del contrato era el servicio de ayuda a domicilio.

Añade el recurrente que el PPTP alude a la necesidad de establecer un plan de contingencia adaptado a las características del centro dirigido a la prevención y posible aparición de casos Covid-19

El Órgano de contratación a este respecto considera en primer lugar que el recurrente ni siquiera hace un cálculo del total que puede representar este gasto, por lo que no puede afirmar que estos no estén incluidos dentro del capítulo de gastos generales. Pero de forma más rotunda afirma que según lo dispuesto en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Añadiendo que el citado derecho supone la existencia del correlativo deber de la empresa en la

protección del personal a su servicio frente a los riesgos laborales. Esta obligación forma parte de las propias de una empresa con sus trabajadores al igual que la formación, reconocimientos médicos etc.

En consecuencia, estos gastos formaran parte también de los gastos generales de la empresa.

Este Tribunal considera al igual que el Órgano de contratación que el 13% de gastos generales sobre el montante de la ejecución del contrato alberga todos estos tipos de gastos, que no pueden ser identificados y cuantificados por la administración y que además en el contrato que nos ocupa serán variables, desde la extrema protección en el momento actual, hasta la mínima protección pre-covid, cuando los usuarios del servicio sean vacunados.

Por otro lado, otro tipo de gastos asociados al Covid-19, como test PCR o de antígenos son sufragados directamente por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, al igual que para el resto de los ciudadanos, por lo que, si bien el plan de contingencia es un requisito exigido en el PPTP, su coste no conlleva inexorablemente la creación de una partida de gastos específica.

Por todo ello se desestima este motivo de recurso.

Como séptimo motivo de impugnación el recurrente alude al porcentaje de absentismos que se ha tenido en cuenta a la hora de elaborar el presupuesto base de licitación y concretamente en los costes directos. Considera que el nivel de absentismo en este grupo profesional ronda el 10%. Funda esta afirmación en las circunstancias actuales de los sanitarios y su especial posición frente a la pandemia. Seguidamente sin justificación documental eleva el absentismo al 15% basándose en los mismos motivos y por ultimo acaba indicando que puede llegar al 20% basándose en este caso en notas de prensa.

Por su parte el Órgano de contratación justifica el cálculo del absentismo laboral en un 5,3% por ser este dato el avalado por diferentes estudios de empresas del sector concretando uno de dichos estudios.

Nuevamente nos encontramos ante un aspecto puramente técnico, en el que este Tribunal no puede entrar a conocer más allá de controlar que no responda a un criterio arbitrario.

Si bien es cierto que durante el año 2020 el absentismo laboral del personal sanitario ha sido muy alto, también es cierto el plazo de duración del servicio licitado será de hasta cinco años, no siendo extrapolable la situación vivida en los pasados meses a la que viviremos en los próximos años. Por lo tanto, admitir que este servicio conlleva un absentismo laboral de un 20% es un dato puntual, considerar que conlleva un absentismo del 10% es un dato arbitrario al no estar fundado en ningún dato o publicación que así lo pueda confirmar. Sin embargo, el establecer un dato más realista del 5,3% tal y como considera el Órgano de contratación es un dato real que proviene de estudios y publicaciones especializadas en la materia. Por lo que podemos afirmar que el porcentaje utilizado por el Órgano de contratación es el resultado de su discrecionalidad técnica y que no obedece a arbitrariedad alguna en consecuencia se desestima este motivo de recurso.

Los siete motivos de recurso analizados vienen a justificar el principal de ellos y que hemos referido en la página 4 de esta resolución, en base a todo lo cual se desestima el motivo de recurso de presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato insuficientes para ejecutar el servicio y no adecuación al precio general del contrato.

Como segundo motivo general de impugnación, denuncia la falta de publicación de la memoria justificativa del contrato.

Alega que el artículo 63 de la LCSP obliga a la difusión a través del perfil de contratante de la memoria justificativa del contrato además de otros documentos sin que sirva como tal cumplimiento lo que el Órgano de contratación denomina

memoria justificativa tratándose este documento de la memoria de necesidad del contrato muy distinto del pretendido.

Considera que la memoria justificativa debe incorporar un estudio económico y de viabilidad del contrato que servirá como referencia a los licitadores para la elaboración de las ofertas correspondientes y realizar los cálculos precisos de los costes de los mismos.

El Órgano de contratación por su parte considera que las memorias del contrato fueron publicadas en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid con sello de tiempo de 12 de noviembre de 2020 a las 9,16horas.

Este Tribunal, a lo largo de la presente resolución se ha remitido en numerosas ocasiones a la memoria económica del contrato, comprobando a través del expediente remitido por el Órgano de contratación la existencia de las siguientes memorias:

1. Memoria de la necesidad de contratación
2. Memoria de insuficiencia de medios
3. Memoria relativa a la condición especial de ejecución del contrato del servicio para la gestión del centro de atención a personas mayores dependientes con alteraciones de conducta
4. Memoria explicativa sobre el coste económico para la contratación del servicio
5. Memoria comparativa del contrato de servicios para la gestión del centro de atención a personas mayores dependientes con alteraciones de conducta 2014 con la propuesta del nuevo contrato de la residencia de el berrueco 2020-2023
6. Memoria justificativa sobre la no división en lotes del contrato
7. Memoria justificativa de la no exigencia de plazo de garantía en el contrato de servicios para la gestión del centro de atención a personas mayores dependientes con alteraciones de conducta

8. Memoria sobre la necesidad de que el contrato del servicio para la gestión del centro de atención a personas mayores dependientes con alteraciones de conducta, tenga carácter plurianual
9. Memoria justificativa relativa al procedimiento y a la pluralidad de criterios de adjudicación del contrato
10. Memoria sobre la acreditación de la solvencia del servicio para la gestión del centro de atención a personas mayores dependientes con alteraciones de conducta.

Si bien es cierto que solo se encuentran publicadas en el perfil de contratante la memoria justificativa de la insuficiencia de medios y la memoria justificativa del contrato con sello de tiempo del día 13 de noviembre a las 9:46 horas, el recurrente no pretende la nulidad de la licitación por la falta de publicación de estas memorias, sino solo evidenciar el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo 63 de la LCSP, que conlleva a un oscurantismo y falta de claridad sobre todo en la memoria económica que existiendo en el expediente debería haber sido publicada.

Por todo ello se ha de advertir al Órgano de contratación que el magnífico trabajo realizado en cuanto a la formación del expediente a través de las memorias enumeradas, se convierte en inoperante al no ser publicadas en el portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid, si bien es cierto que los licitadores han podido solicitarlas al Órgano de contratación.

Se recuerda al Órgano de contratación la obligatoriedad de la publicación de todos los documentos que indica el artículo 63.3 de la LCSP, concurriendo en este caso, la circunstancia de que la memoria económica es uno de los documentos más trascendentes en esta licitación, y que la documentación que expresamente recoge el citado artículo tiene el carácter de mínima, como se plasma en la acepción empleada por el legislador de “al menos”, por lo que en atención a garantizar el fomento de la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato que se desprende del texto de la LCSP, es conveniente publicar todos aquellos documentos que faciliten la presentación de ofertas correctas a los licitadores.

No obstante lo anteriormente referido, en el caso de que los potenciales licitadores consideren insuficientes u oscuras algunas cláusulas de los pliegos de condiciones, el artículo 138 de la LCSP establece un procedimiento de información, que pretende clarificar los extremos de la contratación sin necesidad de llegar a la impugnación de los pliegos de condiciones e incluso de todo el procedimiento de contratación, trámite que no ha sido utilizado por la asociación recurrente.

Por todo ello queda acreditado que el expediente de contratación contiene todas las memorias e informes requeridos legalmente y algún otro que el propio órgano ha considerado de interés, desestimándose el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio, contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicios de gestión del Centro de atención a las personas mayores dependientes con alteraciones de conductas. «El Berrueco». Número de expediente A/SER-025694/2020.

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 58.2 de la LCSP.

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

Cuatro.- 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.