

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de las empresas Hospital San Juan de Dios de Ciempozuelos y Casa de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús -Complejo asistencial Benito Menni- contra los pliegos del contrato *“atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados”*, Nº expediente: AM-001/2022, Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de marzo de 2022 se publicó en el portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato. Así mismo se publicó en el DOUE con fecha 15 de marzo.

El valor estimado de contrato asciende a 149.886.326,60 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- El 4 de abril de 2022, se presentaron recursos especiales en materia de contratación, formulado por las representaciones de Hospital San Juan de Dios y de la Hermanas Hospitalarias, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas del PCAP.

Con fecha 5 de abril de 2022 se requirió al órgano de contratación la remisión de los expedientes de contratación acompañados de los correspondientes informes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la LCSP.

El 12 de abril de 2022, el órgano de contratación remitió los informes y el expediente de contratación 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 (en adelante LCSP).

Tercero.- No se ha dado traslado de los recursos 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 artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación,

podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera oportuna la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 138/2022 y 141/2022 por apreciarse identidad en el asunto, al impugnarse los pliegos del mismo expediente de contratación, siendo coincidentes el órgano de contratación y algunos motivos de impugnación.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello, al tratarse de empresas potenciales licitadoras, cuyos derechos legítimos pueden verse afectados, de una conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 14 de marzo de 2022, e interpuestos los recursos el día 4 de abril, por tanto se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron contra los pliegos de un acuerdo marco de servicios. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, como motivo concurrente de ambos recursos, las recurrentes lo fundamenta en nulidad o anulabilidad de los pliegos que rigen la licitación, por infracción del artículo 1 y de los artículos 100 a 102 de la LCSP, por considerar que los pliegos fijan un precio no adecuado al de mercado, imposibilitando

la participación real de los licitadores, la recta aplicación de los principios de la licitación y el cumplimiento efectivo del contrato.

A su juicio, el órgano de contratación al fijar el presupuesto base de licitación parte de un análisis totalmente deficiente del mercado, no tomándose en cuenta además la legislación laboral vigente al momento en que se publica el anuncio de licitación, lo que le lleva a fijar un presupuesto base totalmente inadecuado e inasumible para los licitadores.

Toma como referencia únicamente los costes unitarios de las últimas licitaciones en atención residencial promovidas desde la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad, sin indicar a cuáles se refiere y sin tener en cuenta las circunstancias actuales y futuras que determinan un incremento desmesurado de los costes generales.

Ambas recurrentes consideran que no se han tenido en cuenta los últimos cambios legislativos en materia laboral aprobados con anterioridad al anuncio de la licitación y que suponen un importante incremento del coste directo (costes de personal) para asumir la ejecución del contrato, en concreto, el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022 (que supone un incremento respecto al fijado para el 2021, que es el que se toma como referencia).

El Hospital San Juan de Dios alude también a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, lo que determinará la necesidad de contratación indefinida de toda la plantilla que se precise para la ejecución del contrato, cuya duración máxima prevista es de dos años, prorrogables por otros dos, con el incremento del coste que ello generará en concepto de indemnización una vez finalizada la ejecución.

Considera el Hospital San Juan de Dios que los pliegos impugnados se refieren a la utilización de otras licitaciones anteriores, pero sin hacer referencia a cuáles en concreto se refiere para determinar si son o no un elemento de referencia válido. Los precios de anteriores licitaciones no resultan un método de comparación o referencia válido debido al incremento generalizado y desorbitado de los costes, sobre todo, de los costes indirectos, y entre estos, especialmente de los suministros como la energía y combustibles. Evidencia de ello es la subida experimentada en el IPC, que en 2021 se ha fijado en un 6.5% anual, y para el mes de febrero de 2022 se sitúa en un 7.6 % anual, teniendo presente que en los ejercicios 2019 y 2020 osciló entre el -0.9% y el 1.3%.

Por parte Hermanas Hospitalarias añade que el PCAP refleja de manera inadecuada los incrementos salariales durante el periodo de vigencia del Acuerdo Marco. Además, no recoge ningún tipo de previsión en esta materia a partir del tercer año, a pesar de que la duración del Acuerdo Marco es de cuatro años de vigencia, e incluso los contratos derivados pueden superar ese horizonte temporal.

Por otro lado, alega que los precios aprobados por la Administración son inferiores a otras licitaciones similares, en las que el ratio de personal exigido es menor.

A continuación aporta estudio sobre precio real del servicio según los datos de los que dispone, mostrando discrepancias en cuanto a los gastos de personal y del resto de partidas de gasto, llegando a la conclusión de la insuficiencia del presupuesto previsto en los pliegos.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que ha seguido las prescripciones legales para la determinación del presupuesto base de licitación velando por que sea adecuado a los precios del mercado, de conformidad con el artículo 100 de la LCSP en el momento de su elaboración, desglosando el presupuesto base de licitación en costes directos (costes de personal), costes indirectos (costes

generales) y otros eventuales gastos. Así, el PCAP del presente Acuerdo Marco establece en el apartado 4 de la cláusula 1 el desglose de los costes de personal, de los costes generales y un beneficio industrial del 6% para la determinación del importe del precio plaza/día ocupada tomando como referencia una residencia de 60 plazas.

Señala que para el cálculo del coste de personal, se han utilizado las tablas salariales del XV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y se ha tenido en cuenta el Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021, vigente en el momento de la preparación de los pliegos. Al salario anual se han aplicado los siguientes complementos: complementos de capacitación y desarrollo CD1 y CD2, (Artículos 34.6 y 34.7 del Convenio), complemento de nocturnidad (Artículo 35.1), complemento de festivo, (Artículo 36), complemento de dirección (Artículo 37.2), complemento específico de trastorno de conducta. Así mismo, se ha aplicado una tasa de absentismo de un 5,1%, según el IX Informe Adecco sobre absentismo publicado por el Adecco Group Institute correspondiente al año 2018 para la Comunidad de Madrid, la subida salarial, prevista en el artículo 32.1 del Convenio Colectivo y el coste de la Seguridad Social, estimado en un 33%.

Con relación a la revisión salarial, señala que se ha aplicado la subida salarial vigente en el momento de la fecha de publicación del anuncio de licitación (14 de marzo de 2022) que ascendía a 3,75%, ya que no había transcurrido el plazo de tres meses en el cual las partes podrían haber logrado un acuerdo. Una vez transcurrido este plazo de tres meses desde la finalización de la vigencia del convenio, el 31 de diciembre de 2021, es cuando sería aplicable *“la actualización de las mencionadas tablas aplicando un 50% del porcentaje correspondiente al IPC acumulado al incremento del salario base y otro 50% al incremento por igual de los niveles de desarrollo, garantizándose en todo caso un incremento mínimo del 3,75% sobre el salario base”*, de conformidad con el artículo 32.1 del Convenio.

Respecto a las alegaciones de los recurrentes sobre al cálculo de los costes de personal de no haber tenido en cuenta los últimos cambios legislativos en materia laboral, citando el Real Decreto 152/2022 por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2022 y el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el órgano de contratación sostiene en lo que se refiere al salario mínimo interprofesional que con fecha 23 de febrero de 2022 entró en vigor el Real Decreto 152/2022, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, estableciéndose el mismo en 1.000 euros. Indica que respetando el artículo 100 de la LCSP, aplicó los precios de mercados en el momento de elaborar el presupuesto de licitación. En lo que se refiere al salario mínimo interprofesional se aplicó la normativa vigente en ese momento, esto es, el Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre. Destaca que el expediente de contratación se inició mediante Orden 1714/2021, de 22 de octubre, y que los pliegos fueron aprobados mediante Orden 308/2022, de 18 de febrero, ambos hitos del procedimiento de contratación ocurridos antes de la entrada en vigor del Real Decreto 152/2022. A mayor abundamiento, señala que el nuevo SMI solo es aplicable a una de las categorías prevista en el pliego (categoría de cuidador), teniendo una incidencia en el presupuesto de licitación ínfima ya que el salario fijado para esta categoría en el convenio era de 990 euros, cantidad que es la que se tuvo en cuenta a la hora de elaborar el presupuesto del contrato. Concretamente respecto al importe de licitación (precio plaza/ocupada/día) fijado en 100,58 euros solo tendría una incidencia del 0,34%. La aplicación de este nuevo salario mínimo interprofesional supone el incremento de los costes de personal en 7.038,04 € euros.

En cuanto al incremento de costes que supondrá la aplicación del Real Decreto-ley 32/2021 que determina la necesidad de contratación indefinida de toda la plantilla que se precise para la ejecución del contrato, en cuanto a las indemnizaciones a pagar a la finalización del contrato, el órgano de contratación considera que los costes de indemnización por despido no se pueden tener en cuenta a la hora de calcular el precio de licitación.

Respecto a la alegación de Hermanas Hospitalarias de que no se ha tenido en cuenta un plus que paga la entidad recurrente a los cuidadores, monitores y educadores se les paga, y a los DUES debido a las dificultades de encontrar personal en el mercado laboral, el órgano de contratación sostiene que estos pluses no derivan de ninguna norma legal o convencional por lo que no puede ser asumida por la Comunidad de Madrid para el cálculo de los costes salariales.

Con relación el porcentaje de absentismo tomado con referencia en el PCAP para realizar los cálculos de los costes de personal que a juicio de la recurrente son inferiores a los datos reales al día de la fecha, el órgano de contratación sostiene que dicha recurrente parte del absentismo pre COVID-19 de su propia entidad que, según sus datos asciende a 6,56%. El argumento aportado no puede ser admitido, no puede ser parámetro para determinar el porcentaje de absentismo tenido en cuenta para el cálculo de los costes de personal, el porcentaje de absentismo de dos centros de una entidad licitadora. Admitir este argumento sería lo mismo que afirmar que el presupuesto de licitación le corresponde fijarlo a los licitadores en vez de ser una competencia del órgano de contratación. La Administración ha tomado como referencia el valor del 5,1% correspondiente al año 2018 según el estudio de Adecco para la Comunidad de Madrid. Este valor es congruente con el valor medio en la Comunidad de Madrid en el periodo 2011 a 2020 que asciende a 4,9%, según este mismo estudio.

Finalmente, señala que para desvirtuar la estimación de los costes de la ejecución material de los servicios y de los gastos generales de estructura, son apreciaciones subjetivas de los recurrentes, sin ninguna base objetiva.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si el cálculo del presupuesto base de licitación cumple las exigencias previstas en la LCSP.

A este respecto, procede traer a colación lo dispuesto en la LCSP, en el artículo 100.

“Presupuesto base de licitación.

1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

Por su parte, el artículo 102.3 establece *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.*

Procede analizar, por tanto, el presupuesto de licitación elaborado por el órgano de contratación en base a los fundamentos de los recursos presentados.

Analizado el presupuesto de licitación que consta en el expediente, cabe afirmar que cumple formalmente los requisitos previstos en el artículo 100 de la LCSP, en cuanto realizada un desglose de los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Así mismo figura el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución, de forma desglosada y con desagregación de género y categoría estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Entrando en el contenido del presupuesto de licitación, en lo referente a la revisión salarial contemplada que asciende al 3,75%, debe estimarse correcta, dado que la fecha de publicación del anuncio de licitación fue 14 de marzo de 2022, sin que hubieran transcurrido el plazo de tres meses en el cual las partes podrían haber logrado un acuerdo. El propio convenio colectivo en su artículo 32.1 establece que una vez transcurrido este plazo de tres meses desde la finalización de la vigencia del convenio el 31 de diciembre de 2021 es cuando sería aplicable *“la actualización de las mencionadas tablas aplicando un 50% del porcentaje correspondiente al IPC acumulado al incremento del salario base y otro 50% al incremento por igual de los niveles de desarrollo, garantizándose en todo caso un incremento mínimo del 3,75% sobre el salario base”*. Dado que no había transcurrido dicho plazo a la fecha de publicación de los pliegos, la estimación del incremento mínimo para la revisión salarial debe estimarse correcto.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su recomendación de 10 de diciembre de 2018, señala:

“Pues bien, en los expositivos precedentes ya hemos visto que en este tipo de contratos no cabe con carácter general la revisión de precios ni tampoco la modificación no prevista del contrato a instancia del contratista. También hemos sentido que el incremento de los costes de la mano de obra derivados del convenio colectivo forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar. Por tanto, en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada”.

Con relación a la repercusión que en el presupuesto de licitación pudiera tener la entrada en vigor del Real Decreto 152/2022 por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2022, hay que destacar que entró en vigor el 23 de febrero de 2022. El expediente de contratación se inició el 22 de octubre y los pliegos fueron el 18 de febrero, por tanto en fechas anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto.

A mayor abundamiento, proceder acoger las alegaciones del órgano de contratación en cuanto a la escasa incidencia que la aplicación de dicha norma en el presupuesto de licitación, ya que el nuevo SMI solo es aplicable a una de las categorías prevista en el pliego (categoría de cuidador), suponiendo un incremento de los costes de personal en 7.038,04 € euros (0,34% del presupuesto de licitación, con un valor estimado de 149.886.326,60 euros). En este sentido, ninguno de los recurrentes ha cuantificado la repercusión que tendría en el presupuesto de licitación la aplicación de tal disposición, en aras a determinar, independientemente que se aplique una u otra norma, si tiene una incidencia considerable que haga inviable la ejecución del contrato.

Con relación a la incidencia que la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021 que determina la necesidad de contratación indefinida de toda la plantilla que se precisa para la ejecución del contrato, en cuanto a las indemnizaciones a pagar a la finalización del mismo, hay que destacar que los costes de indemnización por despido no se pueden tener en cuenta a la hora de calcular el precio, ya que, como señala el órgano de contratación, despedir a los trabajadores es una opción del empresario que resulte adjudicatario, que podría no hacerlo y porque en todo caso el coste del despido no tiene relación con el servicio que constituye la prestación objeto del contrato, por lo que no es remuneración del contratista. En este sentido se ha pronunciado el TACRC entre otras, en su Resolución 156/2019 *“este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda*

vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna”.

Con relación al resto de costes incluidos en el presupuesto de licitación, ejecución material de los servicios y de los gastos generales de estructura, no ha quedado acreditado por las recurrentes su insuficiencia, por lo que estarían amparados por la presunción de acierto de los órganos de contratación. En este sentido la Resolución 599/2021 del TACRC *“Podemos decir, finalizando esto que manifestamos que, frente a esa concreción en el precio del ente adjudicador, en el que debemos presumir un acierto propio del que es conocedor de las cuestiones técnicas del contrato que se ha convocado en otras ocasiones, conoce suficientemente éste y los precios a que puede enfrentarse el mercado, estableciendo, dentro de sus potestades propias como al órgano adjudicador, un precio del contrato que, desde este punto de vista, gozaría de una presunción análoga, a la que tienen las manifestaciones técnicas de los órganos de contratación, cuando se debaten por los licitadores las mismas (...).”*

En los recursos se presentan un análisis de los gastos generales discrepante del presentado por el órgano de contratación, que ha realizado en base a sus estudios e informes propios, que gozan de presunción de acierto técnico, máxime cuando este Tribunal carece de conocimientos técnicos específicos para su evaluación.

Finalmente, respecto a la alegación del Hospital San Juan de Dios de que los precios de anteriores licitaciones no resultan un método de comparación o referencia válido debido al incremento generalizado y desorbitado de los costes, hay que destacar que el propio recurrente acude a este método comparativo para argumentar a su favor, citando el contrato *“atención a personas adultas dependientes con discapacidad intelectual afectadas de trastornos del espectro del autismo (2 lotes) expediente nº AM-007/2019”*, licitado por la misma Consejería. Pone este ejemplo comparativo para evidenciar *la flagrante inadecuación del precio* establecido respecto

al precio de mercado, cuando, como señala el órgano de contratación, se trata de diferentes perfiles de atención que determina que los servicios objeto de contrato, y por tanto los medios personales y materiales sean necesariamente diferentes entre ambos contratos y en consecuencia los costes de personal y generales y, por tanto, el precio plaza día. Así, mientras que en acuerdo marco objeto de recurso la ratio de personal se establece en 0,86, en el contrato de atención a personas adultas dependientes con discapacidad intelectual afectadas de trastornos del espectro de autismo se fija en 1,14.

Por otro lado, respecto a la incidencia de los datos macroeconómicos, como el incremento del IPC al que alude el recurrente, deben ser considerados con cautela a la hora de elaborar el presupuesto de licitación, ya que pueden tener un carácter coyuntural y pueden comprometer, al alza o la baja, el presupuesto de un contrato con una duración considerable como el actual (48 meses).

Respecto al cálculo del coste absentismo laboral, procede acoger las alegaciones del órgano de contratación que ha realizado su cálculo de manera coherente, si bien no coincidente con los cálculos realizados por el recurrente.

Por todo lo anterior, debe considerarse que el presupuesto de licitación cumple las exigencias previstas en el artículo 100 y siguientes de la LCSP, en consecuencia procede la desestimación de los recursos por este motivo.

MOTIVOS ESPECÍFICOS DE RECURSO

1- Específicamente, Hermanas Hospitalarias plantea como motivo de recurso que la regulación de las modificaciones en el PCAP, en lo que respecta a los contratos derivados, vulnera las previsiones del artículo 204 de la LCSP, ya que no detalla de manera precisa e inequívoca su alcance en lo relativo a la reducción del número de plazas.

El apartado 21 de la Cláusula 1 del PCAP establece:

“Cuando la demanda de plazas en el recurso objeto del acuerdo marco lo justifique y la disponibilidad presupuestaria lo permita, podrá incrementarse el número de plazas contratadas en un contrato derivado en vigor”.

“Cuando se produzcan vacantes en un centro contratado en el acuerdo marco y se precise ajustar el número de plazas concertadas, al no haber sido posible su cobertura en un periodo de 6 meses por falta de demanda en ese centro”.

Considera que en el caso de la reducción del número de plazas contratadas, el PCAP se limita a indicar que su alcance será la reducción del número de plazas contratadas en un centro en un contrato derivado en vigor, hasta un máximo del 20%. Y al contrario de lo que sucede con el incremento de plazas, el PCAP no establece de manera clara, precisa e inequívoca desde un punto de vista material los efectos de la modificación relativa a la reducción del número de plazas. Ni en lo que respecta a los medios humanos, ni en lo relativo a medios materiales, y tampoco en el impacto sobre la tarifa. Ello a pesar de que parece obvio que el precio ofertado por los licitadores responde a un escenario de ocupación total de las plazas propuestas, y en base a unos concretos medios tanto humanos como materiales. Y una reducción de las plazas tendría, por lo tanto, un impacto en el precio ofertado y/o en los medios vinculados al servicio. No establece tampoco los efectos formales de la modificación. Por ejemplo, en lo que respecta a la reducción proporcional de la garantía definitiva, algo que sí regula en el caso de la modificación por incremento de las plazas.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que el supuesto de modificación de los contratos basado que se recoge en el PCAP es el siguiente:

“b) Reducción del número de plazas contratadas.

Condiciones en que podrá hacerse uso de la misma: Cuando se produzcan vacantes en un centro contratado en el acuerdo marco y se precise ajustar el número de plazas concertadas, al no haber sido posible su cobertura en un periodo de 6 meses por falta de demanda en ese centro.

Procedimiento: De conformidad con el artículo 191 y los artículos 203 a 207 de la LCSP.

Alcance y límite de la modificación que pueda acordarse: Reducción del número de plazas contratadas en un centro en un contrato derivado en vigor. Porcentaje máximo al que las modificaciones pueda afectar: 20%”.

A su juicio, el supuesto de modificación está perfectamente definido. Los contratos basados se adjudicarán a las diferentes entidades del acuerdo marco en función de una serie de criterios, entre los que está, el de la libre elección de centro por parte de los usuarios. Es posible que en un momento dado se haya adjudicado un contrato basado a una entidad por un número de plazas en función de la demanda en el momento de la adjudicación, y que posteriormente la demanda de ese centro baje y no cubra el número de plazas contratado. Esta modificación lo que trata es de conjugar el número de plazas contratadas a una entidad con la demanda de un centro determinado. El supuesto de modificación es perfectamente objetivo y se activa en el momento en el que una plaza determinada ha estado vacante más de seis meses, sin que haya ningún tipo de discrecionalidad por parte de la Administración.

Respecto a la alegación de que *“parece obvio que el precio ofertado por los licitadores responde a un escenario de ocupación total de las plazas propuesta, y en base a unos concretos medios tanto humanos como materiales”*, señala que esta afirmación no tiene ninguna apoyatura en los pliegos del contrato y está alejada de la naturaleza de lo que es un acuerdo marco. El acuerdo marco tienen naturaleza *“precontractual”*, mediante la cual se selecciona a una serie de entidades prestadoras de determinados servicios sociales. Es posteriormente, mediante los contratos basados, a través de los cuales la Administración contrata realmente esos servicios en función de los criterios de necesidad, oportunidad y disponibilidad presupuestaria y en aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos basados que figuran en el pliego.

Finalmente, respecto a la falta de previsión del reajuste de la garantía, considera que este supuesto viene perfectamente recogido en la LCSP que en su artículo 109.3 establece: *“Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación”*.

Vistas las alegaciones de las partes, no procede sino acoger plenamente las alegaciones del órgano de contratación. La oferta que realiza el licitador se lleva cabo desconociendo si va a ser adjudicatario del acuerdo marco, y aun siéndolo desconociendo si va a ser adjudicatario de algún contrato basado y el número de plazas, por lo que la argumentación de la recurrente carece de base.

Respecto al reajuste de la garantía, no cabe sino aplicar lo dispuesto en el artículo 109.3 de la LCSP, que recoge de modo evidente su reducción proporcional.

En definitiva, a juicio de este Tribunal no se aprecia vulneración del artículo 204 de la LCSP, por lo que el motivo debe ser desestimado.

2- Como segundo motivo específico de recurso de Hermanas Hospitalarias, alega el PPT contiene obligaciones no definidas de manera expresa en el PCAP y regula aspectos propios de este último documento, lo que debe conllevar su nulidad.

Con carácter general, en las cláusulas 3.2 y 5.2 del PPT se recogen múltiples obligaciones para el futuro adjudicatario, que van más allá de una mera descripción del servicio, y que, por su naturaleza, tendrían que estar recogidas en el PCAP. Por ejemplo, en materia de alojamiento y manutención de usuarios, servicios terapéuticos, obligaciones de información, etc., obligaciones en materia de protocolos y registros, sistemas de evaluación de satisfacción, obligaciones en materia de personal y ratios, obligaciones de identidad corporativa e institucional.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el PPT contiene las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato (artículo 68.1. b) RGLCAP). Así, el punto 2 recoge que el objeto del PPT es *“regular las condiciones que han de regir en el acuerdo marco para la contratación del servicio público de atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados, así como establecer las obligaciones, condiciones técnicas y actividades específicas que deben ser asumidas y desarrolladas por las entidades o empresas que puedan ser adjudicatarias”*. Las prescripciones deben ser entendidas como órdenes o mandatos que la Administración establece para la prestación del servicio, entendiéndose pues que son de obligado cumplimiento, previendo asimismo el PCAP una serie de penalidades en caso de incumplimiento.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación el artículo 124 de la LCSP que establece: *“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”*.

Analizado el PPT que consta en el expediente, se aprecia que desarrolla en su clausulado la definición, contenido y características del servicio, el régimen de utilización de las plazas concertadas, la descripción del servicio, el funcionamiento del servicio y los medios a aportar.

Por tanto, con carácter general cumple expresamente las exigencias legales, sin perjuicio de que en su contenido se pueda apreciar obligaciones relacionadas con esas características (obligaciones de identidad corporativa e institucional, obligaciones en materia de protocolos y registros, sistemas de evaluación de satisfacción, entre otras).

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

3- Cómo tercer y último motivo específico de recurso de Hermanas Hospitalarias, se refiere a que atendiendo a la duración máxima potencial de los contratos derivados, y al escenario de crisis existente, es razonable y casi debido que los pliegos recojan un esquema con el fin de hacer frente a posibles situaciones imprevistas, y/o que al menos permita modificar o resolver las relaciones contractuales por razones de equidad.

Por su parte, el órgano de contratación señala que los licitadores de un contrato no pueden pretender que las bases económicas del procedimiento de adjudicación anulen totalmente en su favor el riesgo implícito en cualquier contrato. A este respecto se debe considerar que el presente acuerdo marco se rige por la LCSP, que consagra en su artículo 197 que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Vistas las alegaciones de las partes, basta con la lectura del artículo 197 de la LCSP y la escasa argumentación que realiza el recurrente en el fundamento del motivo de recurso, para determinar la desestimación del mismo. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Recurso 763/2007), ha declarado: *“como señalan las Sentencias de 14 de mayo (RJ 2001, 4478) y 22 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9727), “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que*

suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica, que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen, el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización. Sin embargo, la Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, [...] al constituir éstos, según destaca la STS de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3194), factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato”.

En el mismo sentido STS de 20 de julio de 2016 *“en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución”.*

Por todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las respectivas representaciones legales de las empresas Hospital San Juan de Dios de Ciempozuelos y Casa de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús -Complejo asistencial Benito Menni- contra los pliegos del contrato *“atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados”*, N^o expediente: AM-001/2022, Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid.

Segundo.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Hospital San Juan de Dios de Ciempozuelos contra los pliegos del contrato *“atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados”*, N^o expediente: AM-001/2022, Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid.

Tercero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la empresa Casa de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús -Complejo asistencial Benito Menni- contra los pliegos del contrato *“atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados”*, N^o expediente: AM-001/2022, Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid.

Cuarto.- 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.

Quinto.- 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.