

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de Padres de Personas con Discapacidad en San Sebastián de los Reyes (en adelante, APADIS) contra los pliegos del contrato “*atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados*”, expediente AM-001/2022, de la 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 presentó recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de APADIS, en el que solicita la anulación de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).

Con fecha 5 de abril de 2022 se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación acompañado del correspondiente informe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 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).

El 13 de abril de 2022, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Tercero.- 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 una empresa potencial licitadora, 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.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 14 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso 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.

Cuarto.- El recurso se interpuso 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.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en que el presupuesto base de licitación no se ajusta a precios de mercado, desglosando diversos motivos de impugnación.

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 del recurso presentado.

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.

En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en primer lugar en que el apartado 4 del PCAP es nulo de pleno derecho y, subsidiariamente, anulable, ya que la estimación económica de la mano de obra necesaria para la prestación del servicio se ha efectuado de forma errónea, al haber aplicado incorrectamente el convenio sectorial de referencia en cuanto a las tablas salariales, porque la actualización de las tablas salariales debe realizarse conforme al IPC acumulado en el periodo anterior correspondiente a los años 2019, 2020 y 2021. Incumplimiento de la obligación de reflejar en los pliegos un desglose del presupuesto base de licitación adecuado a los costes del contrato. Vulneración de los arts. 1, 100, 101, 102 y 132 de la LCSP.

Considerando la fecha de publicación del PCAP, 14 de marzo de 2022 y estimando el inicio de los servicios para el 1 de agosto de 2022, entiende que la actualización de las tablas salariales debe realizarse conforme al IPC acumulado en el período anterior correspondiente a los años 2019, 2020 y 2021, quedando dicha subida establecida en un 6,8% conforme a los datos de Instituto Nacional de Estadística. Por ello no es admisible la interpretación restrictiva que realiza el órgano de contratación sobre el artículo 32.1 del convenio.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el convenio colectivo de aplicación tomado como referencia para el cálculo de los costes laborales es el XV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Este convenio ha perdido su vigencia el 31 de diciembre de 2021 y por ello, a la hora de realizar los cálculos de los costes de personal se aplicó el artículo 32 del citado convenio que establece: *“(...) Finalizada la vigencia del Convenio, las tablas fijadas en el presente Convenio se actualizarán como determinen las partes negociadoras para periodos sucesivos de tres años conforme al IPC acumulado en el periodo anterior garantizándose en cualquier caso un incremento mínimo del 3,75 % para el periodo de tres años, sobre el salario base, independientemente de la evolución del IPC. En caso de que las partes no logren un acuerdo en el plazo de tres meses se procederá a 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”.*

Considera que a la hora de elaborar el presupuesto de licitación se tomó como referencia el incremento mínimo del 3,75% sobre sobre las tablas salariales del convenio al no haber terminado en ese momento la vigencia del mismo. Era, por tanto, materialmente imposible conocer en qué porcentaje se actualizarían las tablas salariales fijadas en el convenio colectivo para el año 2022. Ni si quiera en el momento de la fecha de la publicación del anuncio de licitación (14 de marzo de 2022) había

transcurrido el periodo mencionado de tres meses en el cual las partes negociadoras podrían haber logrado un acuerdo en relación la actualización de las tablas salariales.

Vistas las alegaciones de las partes, 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”.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del presente motivo.

Sexto.- Respecto al segundo motivo de impugnación, alega que apartado 4 del PCAP es nulo de pleno derecho y, subsidiariamente, anulable, ya que la estimación económica de la mano de obra necesaria para la prestación del servicio se ha efectuado de forma errónea, al haber aplicado la Administración un porcentaje del 5,1% del IX Informe Adecco sobre Absentismo publicado por el Adecco Group Institute del año 2019, cuando ya existe el del año 2021 y lo estima en el 5,9%. La Administración pretende que el licitador pague las consecuencias del incremento del absentismo provocado por la pandemia.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la recurrente toma como referencia el absentismo correspondiente al año 2020. Sin embargo la Administración, para hacer la estimación por este motivo 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.

Vistas las alegaciones de la partes, este Tribunal no aprecia irregularidad en la fijación el porcentaje de absentismo para el cálculo del presupuesto de licitación. Hay que considerar que en el periodo de pandemia se han producido unos índices de absentismo por encima de lo habitual, por lo que superado ese periodo, se entiende que se producirá una minoración de los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la legítima discrepancia que al respecto pueda albergar el recurrente.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Séptimo.- Respecto al tercer motivo del recurso, alega que el apartado 4 del PCAP es nulo de pleno derecho y, subsidiariamente, anulable, ya que la estimación económica de la mano de obra necesaria para la prestación del servicio se ha efectuado de forma errónea, al haber aplicado incorrectamente el Decreto por el que se regula el SMI aplicable al 2022, esto es, el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022. Consecuencias inmediatas sobre el servicio de lavandería y limpieza.

Considera la cifra establecida para los servicios de lavandería y limpieza, no presenta justificación alguna sobre su forma de determinación y cálculo por parte del órgano responsable del presente acuerdo marco.

Por su parte, el órgano de contratación, alega que tal como establece el artículo 100 en su apartado 2 de la LCSP, *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado”*. Así actuó la Administración ya que en el momento de preparación de los pliegos aplicó la normativa vigente en aquel momento: las tablas salariales del XV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y el Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021, que estaba vigente en aquel momento.

Por otra parte, hay que señalar 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%.

Finalmente, señala que dentro de los costes generales están previstos los costes de lavandería y limpieza, gestión y administración y mantenimiento, en cuya estimación se ha tenido en cuenta el salario de unos profesionales vigentes en el momento de la preparación de los pliegos.

Vistas las alegaciones de las partes, procede destacar 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. El expediente de contratación se inició el 22 de octubre y los pliegos fueron aprobados el 18 de febrero de 2022, por tanto en fechas anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto. Hay que indicar que este órgano de contratación, respetando el artículo 100 de la LCSP, aplicó los precios de mercados al momento de elaborar el presupuesto de licitación. Por otra parte, hay que señalar 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%.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Octavo.- Como cuarto motivo de recurso, sostiene que el apartado 24 del PCAP es nulo de pleno derecho, ya que no motiva la causa de prohibición de la figura de revisión de precios.

El presente acuerdo marco prevé su vigencia desde el 1 de agosto de 2022 hasta el 31 de julio de 2026, es decir durante 48 meses y para todo ese período no establece un sistema que garantice durante toda su vigencia, la determinación de un importe plaza ocupada/día, fundada en los costes de personal, los cuales son la parte

esencial de un servicio centrado en el cuidado y la atención de personas dependientes, con discapacidad, o ambas.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la Comunidad de Madrid está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y que su aplicación es de obligado cumplimiento, por lo que los valores monetarios no pueden ser modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que lo contengan, sin que sea preciso motivar la aplicación de un mandato imperativo para la Comunidad de Madrid.

Asimismo señala que es de aplicación el principio consagrado por el artículo 197 LCSP del riesgo y ventura del contratista, a excepción de los supuestos de fuerza mayor.

Vistas las alegaciones de las partes, no cabe sino acoger plenamente las alegaciones del órgano de contratación, en cuanto al carácter imperativo de la aplicación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, no permite la revisión de precios en acuerdos marco como el que nos ocupa. Dado ese carácter, resulta innecesario cualquier tipo de justificación.

En este sentido, el artículo 103 de la LCSP, respecto a la revisión de precios establece: *“2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado.*

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto”.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la LCSP, es de aplicación el principio de riesgo y ventura del contratista. 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 [...]. De igual modo, resulta necesario recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la doctrina del riesgo imprevisible de 27 de diciembre de 1990 [...].”

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de Padres de Personas con Discapacidad en San Sebastián de los Reyes contra los pliegos del contrato “*atención residencial para personas adultas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta asociados*”, expediente AM-001/2022, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid.

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.- 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.