

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

En Madrid, a 12 de agosto de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Eurest Colectividades, S.L. (“EUREST”) contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (los “Pliegos”) que rigen el contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía, denominado “Gestión de comidas a domicilio para personas mayores de la ciudad de Madrid”, expediente de contratación 300/2021/00239, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 14 de julio de 2021 se han publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (los “Pliegos”) que rigen el contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía, denominado “Gestión de comidas a domicilio para personas mayores de la ciudad de Madrid”, con un valor estimado de 23.508.433,35 euros, desglosado del siguiente modo:

VALOR ESTIMADO			
AÑO	PRESUPUESTO MUNICIPAL SIN IVA	APORTACIÓN USUARIOS SIN IVA	VALOR ESTIMADO
2022 (1.12.2021-30.11.2022)	1.614.525,72	1.930.835,92	
2023 (1.12.2022-30.11.2023)	1.695.252,01	2.027.377,72	
2024 (1.12.2023-30.11.2024)	1.780.014,62	2.128.746,61	
Total período inicial			11.176.752,60
2025 (1.12.2024-30.11.2025)	1.869.015,35	2.235.183,93	
2026 (1.12.2025-30.11.2026)	1.962.466,12	2.346.943,13	
Prórroga			8.413.608,53
Modificación del contrato			3.918.072,23
TOTAL CONTRATO			23.508.433,35

Segundo.- El 27 de julio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, fundado en dos motivos:

La determinación del presupuesto es incorrecta, por insuficiencia de la plantilla considerada necesaria para la ejecución del contrato y la importante diferencia con la plantilla a subrogar indicada por el actual adjudicatario.

El criterio de valoración relativo a la estabilidad laboral no es ajustado a derecho .En concreto, la denominada “cláusula social”, en el que es objeto de valoración lo siguiente:

“Estabilidad laboral: Compromiso del representante legal de la entidad durante todo el periodo de ejecución del contrato, de mantener o mejorar las mismas condiciones contenidas en los contratos de trabajo del personal exigido en el PPT, ya sea este personal subrogado o de nueva contratación: 5 puntos”.

Tercero.- El 2 de agosto de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 cuyo objeto social coincide con el objeto de la licitación y por ello *“cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, en tanto que una estimación de su recurso le beneficiaría en una nueva licitación. (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 fueron publicados el 14 de julio de 2021, e interpuesto el recurso el 27 de julio de 2021, 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 en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Solicita Eurest la anulación de los Pliegos en la medida en que la previsión de los costes salariales en que incurrirá el licitador que resulte adjudicatario del Contrato no se ajusta a los costes que, en efecto, deberá asumir. Esta situación repercute, de forma directa, en la determinación del precio del Contrato. Y ello por un doble motivo: (1) porque atendido el volumen de comidas que deberán ser suministradas, la plantilla que recoge el PCAP, resulta insuficiente; y (2) porque existe una obligación de subrogación del personal del actual contratista que duplica la plantilla prevista por la propia Administración como necesaria para la prestación del

servicio. Lo anterior atenta contra las previsiones de la LCSP respecto a la determinación del presupuesto de licitación del contrato, recogida en el artículo 100, relativo a los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de los contratos, y en el artículo 102.3 de la LCSP, en virtud del cual el precio de los contratos deberá ser adecuado para su efectivo cumplimiento.

Respecto del personal necesario para la ejecución del contrato, se alega que el número de comidas previstas para esta contratación en su primer año se cifra en 797.237, que han de ser atendidas con 24,3 empleados con dedicación exclusiva menos un nutricionista, mientras en la contratación precedente del servicio para una previsión de 289.008 comidas en su primer año y 369.864 en el último, se estimó necesaria la contratación de 22 empleados. Independientemente de no entenderse cómo pueden atender ese número de comidas con el incremento de personal señalado, el coste de la plantilla (694.226,86 euros) es insuficiente.

El órgano de contratación detalla de forma muy pormenorizada la forma de fijar la plantilla necesaria para la ejecución del contrato con la colaboración de las diversas unidades orgánicas responsables del Ayuntamiento, y cuyos informes constan en el expediente administrativo. Afirma que no se ha partido de la plantilla estimada necesaria en la anterior licitación, en la que se efectuó una baja sobre el precio unitario de comida por el actual adjudicatario, que se presenta a la actual convocatoria, de 5,51 euros presupuestados a 4,44. Este precio unitario se mantiene prácticamente en esta licitación, que lo fija en 4,4471 euros, siendo este el elemento relevante para fijar el presupuesto, que se ha incrementado proporcionalmente al aumento del número de comidas.

El estudio económico prevé 2.731 usuarios al mes, con una media de 24,33 comidas al mes, atendidos por el siguiente personal:

- Director responsable del servicio.
- Especialista en nutrición.
- Coordinadores/as. Un/a coordinador/a por cada 450 personas usuarias activas mensuales en el servicio.

- Ayudante de coordinación. Un/a ayudante de coordinación por cada 1.000 personas usuarias activas mensuales en el servicio.
- Conductores/as repartidores/as. Un/a repartidor/a por cada 200 personas usuarias activas mensuales en el servicio

El sistema se basa en la cadena de frío, fijándose el número de días de reparto conforme a las necesidades.

A juicio de este Tribunal el número de trabajadores necesarios para la ejecución del contrato es un elemento técnico, cuya valoración es ajena a la competencia del mismo. El Tribunal no puede sustituir la evaluación técnica de los órganos competentes de la Administración por una propia. Corresponde al órgano de contratación determinar sus necesidades y la forma de satisfacerlas (artículo 28.1 LCSP). Son los técnicos del Ayuntamiento los que han determinado el número de trabajadores necesarios en base a su experiencia en la prestación del servicio, tal y como se detalla en la contestación al recurso.

Únicamente cabe abordar el tema desde la perspectiva del presupuesto y el precio del contrato. A tenor del artículo 100 de la LCSP, citado por el recurrente:

“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”.

Y según el 102.3:

“3. 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

COSTES TOTALES		
DIRECTOS	TOTAL GASTOS DE PERSONAL	694.226,86
	GASTOS CORRIENTES EN BB. Y SS.	2.295.270,87
	AMORTIZACIÓN Y MANTENIMIENTO	51.121,17
INDIRECTOS	COSTES GENERALES INDIRECTOS (10%)	304.061,89
	BENEFICIO EMPRESARIAL (6%)	200.680,85
SUMA CON Bº EMPRESARIAL		3.545.361,64
I.V.A. 4%		141.814,47
TOTAL		3.687.176,11

de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”

La Memoria Económica y los Pliegos dan cumplimiento a las exigencias formales sobre el personal que ejecutará el contrato, indicando su salario y categoría laboral, a partir del convenio colectivo de referencia sin indicación de género, que es una condición de futuro.

Sin embargo, no es un servicio cuyo coste económico principal sean los costes laborales, razón por la cual los mismos no son el elemento fundamental para la fijación del precio.

Como señala la propia Memoria citada, “dada la naturaleza de la prestación, los costes salariales así estimados son inferiores, como se verá, a la mitad del importe total del contrato, por lo que no estamos ante un contrato de perspectiva social”.

Los costes salariales son bastante inferiores a ese 50 por 100, según la propia Memoria:

La comparación con la anterior licitación cabe verificarla en atención al número de comidas, cuyo precio unitario se mantiene sobre los términos actualmente en ejecución, habiéndose incrementado el presupuesto proporcionalmente al incremento del número de comidas. Esta medida del precio unitario lo es a su vez del resto de costes del contrato que necesariamente repercuten sobre el mismo. Y el presupuesto del contrato se ha incrementado proporcionalmente al aumento del número de comidas.

El precio de la comida es el actual precio de mercado, porque es el precio que percibe el adjudicatario vigente, que prorrogó el contrato por ese precio.

Procede desestimar este motivo del recurso.

En segundo lugar se afirma que el presupuesto es notoriamente insuficiente atendiendo al número de trabajadores subrogables presentados por el actual adjudicatario. De la información facilitada por el actual prestador del servicio, el número total de empleados adscritos a la ejecución del contrato y, por ello subrogables por el nuevo contratista asciende a 58, más del doble de los empleados que la Administración entiende necesarios para la ejecución del contrato. Realizando un cálculo aproximado de los costes que supondría adscribir a la ejecución del contrato el personal indicado por el actual contratista, ascienden a 1.232.169,31 euros, importe sustancialmente superior a los 721.995,93 euros (con IVA) cuantificados por la propia Administración.

La Administración afirma ha cumplido con las disposiciones del artículo 130 de la LCSP facilitando la información que le ha proporcionado el actual adjudicatario sobre los trabajadores subrogables. Su función es únicamente comunicar esta información, que se incorpora al expediente. Los trabajadores subrogables se han tenido en cuenta para determinar los costes laborales, hasta el punto de valorar en orden a la determinación de presupuesto los trabajadores con mayor antigüedad y con unos costes salariales más elevados, para que el proceso de subrogación se efectúe de una forma rápida y eficiente. Si para calcular los costes se tuviesen en cuenta a todos los trabajadores que dice el actual adjudicatario, que se presenta a la licitación,

el precio de la comida se incrementaría en un 17% sobre el actual precio de mercado. Cita doctrina contractual administrativa.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente que los órganos de contratación sin dejar de tener en cuenta el personal subrogable para fijar el precio del contrato, no están obligados a trasladar de forma mimética estos costes, porque supondría dejar al arbitrio del anterior adjudicatario, el presupuesto y el valor estimado del contrato. En particular, la plantilla debe ser la que la Administración estime necesaria para la prestación del servicio, no estando vinculada por las condiciones anteriores o la plantilla que le presente el adjudicatario anterior.

De esta doctrina se hace eco la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en informe 1/2021 de 28 de febrero:

“3.- Son diversos los preceptos de la LCSP (artículos 1.3, 28.1 y 116.4.d), entre otros) que aluden a la exigencia de que las entidades del sector público tienen que hacer una valoración previa de cuáles son las necesidades reales que pretenden satisfacer mediante la contratación de las prestaciones correspondientes, así como la idoneidad del contrato, debiendo quedar todo ello justificado adecuadamente en el expediente, para asegurar una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

El órgano de contratación deberá valorar, en el momento de elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares, qué necesidades reales pretende satisfacer con ese contrato, no estando condicionado al contrato preexistente puesto que la realidad social es cambiante, pudiendo haber una mayor o menor demanda de los servicios que pretende prestar la Administración con ese contrato.

Por ello, la plantilla de trabajadores que debe tenerse en cuenta para calcular el presupuesto base de licitación es la necesaria para la prestación del servicio que se contrata, sin que el órgano de contratación esté obligado a mantener el servicio en las mismas condiciones que en ocasiones anteriores.

En el supuesto de que, al licitar un contrato, la Administración efectúe un redimensionamiento del personal existente en el anterior contrato, al considerar que no resultan precisos en el nuevo contrato todos los efectivos personales del anterior

y, por tanto, el número de trabajadores a subrogar es mayor que el personal necesario para prestar el servicio objeto de licitación, el nuevo adjudicatario tiene el deber de subrogarse en la totalidad de la plantilla que comunica el contratista saliente. No obstante, una vez que los trabajadores subrogados pasen a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, ésta podrá adscribirlos o no al correspondiente contrato o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial.

En este sentido se pronuncia el TACP en su mencionada Resolución 189/2020: “Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. (...) no puede estimarse que el coste del contrato administrativo deba incluir la totalidad del coste que los trabajadores subrogados puedan suponer para la empresa adjudicataria. Las horas de prestación de servicios de dichos trabajadores subrogados que no deban emplearse en la ejecución del contrato administrativo deben ser gestionadas por las empresas empleadoras, que asumen el riesgo y ventura del negocio que gestionan. Evidentemente, la Administración no debe asumir el coste de horas de trabajo no necesarias para la prestación del servicio que se contrata”.

Abunda en esta idea el TACP (Resolución 184/2020) al manifestar que: “La subrogación de trabajadores no implica el traslado mimético de los costes de la plantilla existente a la nueva contrata, que supondría esclerotizar la contratación administrativa independientemente de las necesidades concretas de la Administración en cada momento en contra del principio de eficiencia y los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto que se consignan en el artículo 1.1 de la LCSP”

Concluye este informe:

“La plantilla de trabajadores que debe tenerse en cuenta para calcular el presupuesto base de licitación es la necesaria para la prestación del servicio que se contrata, sin que el órgano de contratación esté obligado a mantener el servicio en las mismas condiciones que en ocasiones anteriores”

En el expediente se justifica adecuadamente la plantilla necesaria para la prestación del servicio, no estando vinculada la Administración por la declaración de trabajadores subrogables que hace el actual contratista. La subrogación en los mismos no implica que el adjudicatario nuevo deba adscribirlos necesariamente a la ejecución de este contrato, puede hacerlo a otra actividad o gestionar la subrogación en los términos legales, conforme a las facultades empresariales.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

En tercer lugar se impugna el criterio de adjudicación transcrito en el antecedente segundo. Vulnera el artículo 145.5 de la LCSP, por no estar vinculado al objeto del contrato. Los criterios de adjudicación deben cumplir con esta condición:

“a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo”

El apartado 6 del citado artículo 145 de la LCSP, determina cuándo se entiende que un criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, señalando que *“se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato”*.

Este criterio de valoración no tiene incidencia en una mejor ejecución del contrato, concluye el recurrente.

El órgano de contratación justifica pormenorizadamente este criterio, desarrollando el informe sobre la *“necesidad e idoneidad del contrato”*:

“No es cierto que el criterio incluido como cláusula social no cumpla con la primera de las condiciones que exige el artículo 145.5 de la LCSP. Por el contrario, existe una clara vinculación con el objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 6 del mismo artículo.

- El objeto del presente contrato es proporcionar una alimentación correcta y adaptada a la condición física individual de las personas usuarias, es decir, a personas mayores de 65 años que presenten limitaciones físicas y/o psíquicas o una situación de dependencia que no les permita la cobertura de necesidades básicas de alimentación y personas menores de 65 en situación de grave vulnerabilidad social, que tampoco pueden cubrir sus necesidades de atención.

- En ambas situaciones se trata de colectivos vulnerables que presentan una situación de grave riesgo social y aislamiento que precisan de actuaciones específicas para la correcta atención a sus necesidades, por ello es fundamental que se cuente con un personal cualificado y estable Tanto el personal de coordinación como el personal repartidor, deberá tener un conocimiento de las condiciones de vida de las personas usuarias que permita detectar necesidades de atención o cuidados de carácter personal, doméstico y técnico, tanto en el ámbito de la alimentación como en otros aspectos de atención social.

- A ello hay que añadir que las personas usuarias que reciben el servicio de comidas a domicilio, debido a su situación de vulnerabilidad, precisan identificar y conocer a las personas con las que se relacionan habitualmente en el contexto de la prestación del Servicio. Con el personal asignado a la coordinación han de tratar, de forma continuada, las incidencias que pueden surgir diariamente; por otro lado, hay que tener en cuenta que el personal repartidor que accede a su domicilio, en muchas ocasiones, son las únicas personas con las que mantienen una relación estrecha por falta de apoyo familiar y/o social.

- La cláusula de estabilidad laboral en el empleo contribuye claramente a incrementar la calidad de la prestación del servicio al evitar la precariedad laboral y la rotación en el empleo, permitiendo una mayor continuidad de los trabajadores encargados de realizar los servicios objeto del contrato. Su experiencia y conocimiento tiene una repercusión directa en la calidad del servicio a prestar “

Este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre un criterio de adjudicación de estabilidad laboral en Resolución 4/2020 de 8 de enero. En el caso se valoraba hasta 25 puntos la contratación de personas con carácter indefinido. En esa Resolución se estimó que el criterio de adjudicación estaba vinculado al objeto del contrato. Esta resolución sigue la estela de la nº 108/2019 de 20 de marzo, donde se

afirmó que la LCSP marca un cambio de paradigma en la introducción de cláusulas sociales como criterio de adjudicación en los contratos administrativos.

Los artículos 131 y 145 de la LCSP disponen en cuanto a los criterios de adjudicación la utilización ordinariamente de una pluralidad de ellos sobre la mejor relación calidad-precio:

“1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio (...).

2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades (...) los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo (...).

6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas

de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justa.

b) O en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia materia”

La estabilidad en el empleo es un criterio de adjudicación expresamente contemplado por la LCSP, cuya integración en la mejoría de las prestaciones personales que constituyen el objeto de este contrato se justifica suficientemente por el órgano de contratación.

Por otro lado, solo representa 5 puntos, pudiendo los licitadores primar o no este aspecto.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

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 de Eurest Colectividades, S.L. (“EUREST”) contra los Pliegos del contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía denominado “Gestión de comidas a domicilio para personas mayores de la ciudad de Madrid”, expediente de contratación 300/2021/00239.

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.