

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

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (para lo sucesivo, AMADE) contra los Pliegos del contrato servicios de “gestión del centro de atención a personas mayores dependientes (residencia y centro de día) Peñuelas, de Madrid” a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios de Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, número expediente: 033/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 31 de octubre de 2022, se publica la licitación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas. El 2 de noviembre, se publica el anuncio de licitación en el DOUE. Y el 14 de noviembre en el BOCM.

El 31 de octubre, se publica el listado de personal subrogable.

La base imponible del contrato es de 30.907.888,40 euros.

Segundo.- En 16 de noviembre de 2022, se interpone recurso especial en materia de contratación fundado en: no desglose de costes directos e indirectos, no aplicación de incrementos salariales de 2023 a 2027 y no previsión de gastos generales.

Tercero.- El 24 de noviembre de 2022, 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 (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 asociación representativa de interés colectivos, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles de publicación y puesta a disposición de los Pliegos, el 31 de octubre, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones 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.- El recurrente alega que el presupuesto no cubre los costes del contrato y:

1) No se desglosan los costes directos e indirectos.

2) Para el cálculo del presupuesto base de licitación (PBL), no se ha contemplado el coste real de la mano de obra de los trabajadores a subrogar o a contratar; dado que no se contempla la subida del Convenio Colectivo para el año 2023, ni tampoco para 2024, 2025, 2026 ni 2027. Así como el actual salario del personal sanitario que, en base al déficit de dichos perfiles profesionales, se precisa contemplar en los presupuestos unos costes salariales que equiparen o que superen al del sistema sanitario madrileño.

3) Tampoco se desglosan los gastos generales, financieros ni beneficio industrial, así como tampoco los gastos del tiempo de traslado entre los servicios a prestar.

Por lo que se afirma: *“(...) estaríamos ante un incumplimiento por parte del órgano de contratación de la obligación de reflejar en los mismos un desglose del presupuesto base de licitación adecuado a los costes del contrato”*.

Establece varias premisas:

Los componentes del presupuesto base de licitación (además del impuesto sobre el valor añadido) son el presupuesto de ejecución material, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

El presupuesto de ejecución material se compone de costes directos e

indirectos. Son costes directos los gastos de personal correspondientes a los trabajadores directamente encargados de la prestación y otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios. Son costes indirectos los gastos de personal correspondientes a otro personal técnico, administrativo o el jefe del servicio, que intervienen en la prestación y otros costes que estén relacionados con la prestación que no tengan el carácter de directos.

Los costes directos correspondientes a gastos de personal, en contratos cuya prestación principal sea intensiva en mano de obra y los trabajadores pudieran estar sujetos a subrogación en virtud de un convenio colectivo sectorial, deben ser calculados por el Órgano de Contratación de acuerdo a los términos económicos establecidos en razón a las circunstancias específicas de cada trabajador en el convenio colectivo sectorial de aplicación en el ámbito funcional de los servicios objeto del contrato a licitar.

Para realizar el cálculo de los costes directos de gastos de personal en contratos cuya prestación principal sea intensiva en mano de obra y los trabajadores pudieran estar sujetos a subrogación en virtud de un convenio colectivo sectorial, el Órgano de Contratación debe conocer con detalle las circunstancias específicas de esos trabajadores de las que se deriven esos gastos.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares contendrán una explicación del método de cálculo utilizado, un desglose de costes directos e indirectos, gastos generales y beneficio industrial, y, cuando la prestación sea intensiva en mano de obra, un desglose de los costes directos de personal.

El presupuesto base de licitación no indica de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, o alguna otra, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Además, deberían de incluirse explícitamente en el desglose de los costes directos de mano de obra las partidas como el absentismo, vacaciones, pluses fuera de convenio, antigüedades, etc.

Tampoco se indican ni determinan con precisión, y contemplando las posibles subidas, los costes directos del servicio, gastos generales, ni beneficio industrial.

Por tanto, no existe un desglose conforme exige la LCSP aplicable.

El informe del órgano de contratación rechaza de plano que el Pliego no ha tenido en cuenta el convenio colectivo del sector ni la plantilla de subrogación. La simple lectura del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares desmiente completamente la afirmación anterior ya que en la Cláusula 1. Características del contrato, apartado 4.- Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara del PCAP existe una explicación detallada de los costes estimados de la plantilla necesaria para la ejecución del contrato con sus costes calculados en plantilla equivalente, en el que se incluye el salario, en términos mensuales y anuales y sus pluses, de nocturnidad y festividad, la antigüedad, el absentismo y el coste de la Seguridad Social, incluido el del propio absentismo, y todo ello calculado de conformidad con las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación lo que puede comprobarse simplemente comparando las cifras de retribuciones y las que aparecen en el citado convenio colectivo.

En cualquier caso, conforme a la doctrina el coste es el del servicio según las necesidades y no el del personal a subrogar (Resolución nº 11/2021 de este Tribunal, entre otras muchas):

“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”.

Deben rechazarse las pretensiones de revisión salarial, que son imprevisibles y entran dentro del riesgo y ventura del contrato. Cita sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2022 sobre la revisión salarial del convenio colectivo de dependencia, que en su Fundamento de Derecho Quinto recoge esta tesis.

Por otra parte, las retribuciones del personal sanitario que presta servicios en centros de mayores están contempladas en el convenio colectivo del sector: el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, y no en otro convenio externo. La recurrente pretende que el órgano de contratación valore la retribución de dicho personal utilizando un convenio que no le es de aplicación, por lo que de hacerlo estaría vulnerando la normativa existente, cosa que, evidentemente, no puede hacer.

En el cuadro de las páginas 3 y 4 del PCAP aparecen perfectamente definidos los gastos de personal que resultan claves en un contrato como este, tal y como reconoce la recurrente, y otros costes indirectos como los gastos corrientes en bienes y servicios, así como el beneficio industrial. En cuanto a los gastos financieros entendemos que éstos únicamente corresponden a estructura financiera y de costes de la propia empresa adjudicataria que “*a priori*” son imposibles de conocer por el órgano de contratación.

Los costes asociados a los servicios complementarios dejando aparte los del personal que aparecen debidamente desglosados, se han calculado como costes indirectos y han sido debidamente contemplados en el precio de licitación tal y como se expone en la memoria económica del contrato que obra en el expediente y que ha sido objeto de escrutinio por parte tanto de la Abogacía como de la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

El componente principal del coste del contrato, que es el coste de personal tal y como reconoce el propio recurrente, se encuentra debidamente desglosado y en conjunto el desglose de los costes permite a cualquier licitador establecer su oferta en el concurso, si así lo considera, teniendo en cuenta además que dicho coste de personal está contemplado para el personal de atención directa al usuario tal y como se expone en los pliegos que es el único no susceptible de subcontratar.

A mayor abundamiento, en el caso de que los potenciales licitadores consideren insuficiente la información aportada por los pliegos del contrato, 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 le consta a este centro gestor que haya sido utilizado por la asociación recurrente.

A juicio de este Tribunal los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, tienen una exposición de los costes desarrolladísima, de modo tal que no se entienden los déficits que denuncia el recurrente.

El apartado 4 de la cláusula primera sobre características generales expone desagregadamente todas las partidas de gastos:

Importe retribuciones salariales	1.861.912,86 €
Antigüedad (2,7 trienios)	86.411,51 €
Plus de nocturnidad	63.597,60 €
Plus de domingos y festivos	92.270,42 €
Cotización Seg. Social 32,60 % s/retribuciones totales	685.966,72 €
Gastos de suplencias (Absentismo: 10,8 % sobre retribuciones + antigüedad + pluses) + Coste Social del absentismo	301.337,19 €
TOTAL COSTES DE PERSONAL	3.091.496,30 €
GASTOS DE PERSONAL	3.091.496,30
GASTOS EN BIENES CORRIENTES Y SERVICIOS	2.115.358,01

TOTAL COSTE	5.206.854,31
BENEFICIO EMPRESARIAL (6% DEL COSTE TOTAL)	312.411,26
TOTAL CON BENEFICIO EMPRESARIAL	5.519.265,57
I.V.A. 4%	220.770,62
COSTE TOTAL GESTION DEL CENTRO	5.740.036,19

Se desglosa también por anualidades.

En el mismo epígrafe figura el coste de la plantilla desglosado:

CATEGORIA	Nº Plantilla equivalente	Salario mensual	Importe Anual 14 pagas €	Importe/Plus Nocturnidad €	Importe Plus Festivos y F. Especiales €
Director- Gerente	1,00	1.925,24	26.953,36	-	-
Médico	4,89	1.640,01	112.275,08	-	4.152,66
ATS/DUE	13,29	1.435,00	266.996,10	9.198,00	11.650,27
Fisioterapeuta	2,76	1.332,52	51.488,57	-	-
Terapeuta ocupacional Residencia	2,76	1.332,52	51.488,57	-	3.188,80
Trabajador/a Social	2,21	1.332,52	41.228,17	-	-
Psicólogo/a	1,10	1.640,01	25.256,15	-	-
Gerocultor Residencia	81,11	1.061,98	1.205.920,77	54.399,60	69.313,85
TASOC	1,10	1.079,32	16.621,53	-	1.275,52
Gerocultor Respirio Familiar	0,93	1.061,98	13.826,98	-	-
Terapeuta ocupacional Respirio Familiar	0,12	1.332,52	2.238,63	-	-
Portero-recepcionista	3,26	1.043,36	47.618,95	-	2.689,32
TOTALES	114,53		1.861.912,86	63.597,60	92.270,42

Cuya jornada se concreta, trabajador a trabajador, más arriba. Y se describe la forma de determinación de ese coste salarial: *“Para el cálculo del coste de personal, se han utilizado las tablas salariales 2019 del VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio) aprobadas en el Acta 9ª de la Comisión Paritaria de interpretación del mencionado convenio de 28 de febrero de 2019, publicadas en el BOE nº 76 de 29 de marzo de 2019 (Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, así como lo establecido en el Real Decreto 152/2022 de 22 de febrero,*

publicado en el BOE nº 46 de 23 de febrero de 2022, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2022. A su vez, se ha procedido a la actualización de los conceptos retributivos del Convenio en un 6,5%, según sentencia Nº 95/2022 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, publicada el 20 de junio de 2022”.

En el PPT, dentro del epígrafe VIII “*estudio económico administrativo*” se enumeran los elementos de gasto que constituyen el coste estimado anual del servicio, describiendo todos los gastos.

En el mismo PPT figura en el epígrafe 8 “*medios personales que debe aportar el adjudicatario para la ejecución del contrato*”, especificando el número para cada categoría profesional y para cada turno (mañana, tarde, noche), con jornada completa o parcial, tanto de personal sociosanitario como no. Es decir, concreta, el personal necesario para ejecutar el contrato.

Y el 31 de octubre, se publica la lista de personal subrogable con indicación de categoría, tipo de contrato, antigüedad, porcentaje de jornada, salario bruto anual y pluses.

Según hemos reiteradas veces escrito, el presupuesto debe tener en cuenta el coste del personal a subrogar, pero no es un traslado mimético del mismo, porque debe partir de las necesidades de la contratación. Como ya ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, entre otras en la Resolución 184/2020 de 23 de julio, “*la LCSP supone un cambio de paradigma en cuanto a la vinculación del presupuesto de licitación a las exigencias derivadas de las normas imperativas laborales. Cuando el coste de los salarios forme parte del valor de mercado del contrato por ser parte sustancial del precio del contrato deben tenerse en cuenta en la determinación del presupuesto. De otra parte, existiendo personal a subrogar por determinación convencional o legal, en caso de sucesión de empresa, debe considerarse su coste a la hora de fijar el presupuesto. la circunstancia de tener la obligación de subrogar 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. (...) No obstante, 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 art. 1.1 del LCSP. El principio de eficiencia obliga a la mejor consecuencia de los objetivos con el menor coste posible”.

En cuanto a la revisión salarial no se cita convenio colectivo alguno que la contemple, y el último vigente es el citado por el órgano de contratación, siendo incierta la evolución de los mismos, y corriendo a cargo del principio de riesgo y ventura. Sí se aplica la revisión salarial acordada por sentencia de la Audiencia Nacional 95/022 de 20 de junio en conflicto colectivo promovido por las organizaciones sindicales, que acuerda, conforme a convenio, un incremento del 6,5% para el ejercicio 2022, en aplicación del incremento del IPC real de 2021. Y cuyas tablas salariales se publican el BOE de 14 de noviembre de 2022.

De la lectura de este convenio colectivo se deduce que los salarios hasta que se revise el convenio se incrementan en la misma cuantía que el IPC del año anterior siempre que *“el producto interior bruto (PIB) de la economía española publicado por el INE u organismo público o privado que haga sus veces, haya experimentado un incremento anual superior al 2 %”.*

En un contrato de una duración máxima de 5 años, la evolución futura del IPC y del PIB es imprevisible, existiendo margen en otras partidas para cubrir eventuales incrementos. Por poner un ejemplo, ahora mismo la previsión de crecimiento del PIB sólo para 2023 es muy distinta según la fuente: Gobierno de España, Banco de España, OCDE, FMI, Comisión Europea, etc. va del 2,1% a 1 %.

En cuanto a los gastos por traslado, se ignora su concepto.

En conclusión, no se aprecia ninguno de los incumplimientos afirmados por el recurrente, al contrario, existe un escrupuloso cumplimiento de las previsiones legales para este tipo de contratos con uso intensivo de mano de obra, con expresión del personal subrogable, ordenado por categorías, salarios, dedicación; igualmente, concreción del personal necesario para la ejecución del contrato; y desglose del presupuesto. Todo ello, al detalle.

Procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (para lo sucesivo, AMADE) contra los Pliegos contrato servicios de “gestión del centro de atención a personas mayores dependientes (residencia y centro de día) Peñuelas, de Madrid” a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios de Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, número expediente: 033/2023.

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 multa 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.