

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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Doña A.A.D., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), por Doña B.R.V., en nombre y representación de la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD), por Don J.A.E.G., en nombre y representación de la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) y por Don J.G.M., en nombre y representación de la Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (AMADE), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Condiciones Técnicas del expediente de contratación "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Cuatro lotes", nº expte.002/20130224, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Orden del Consejero de Asuntos Sociales de 8 de noviembre de 2012 se aprobó el expediente de contratación del "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid", dividido en 4 lotes de tramitación urgente, a adjudicar con pluralidad de criterios, y

con un presupuesto base de licitación, IVA incluido, de 22.000.000 de euros y un valor estimado de 42.307.692,30 euros.

El anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 12 de noviembre de 2012. Finalizado el plazo de presentación de ofertas se han recibido dos proposiciones.

Segundo.- Según el punto 1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) constituye el objeto del contrato el conjunto de actuaciones que deben ser llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades en la vida diaria y cuya definición y resto de factores a tener en cuenta se especifican en el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT). En el apartado 2.1 del PCT se define el Servicio de Ayuda a Domicilio como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o entidad, acreditadas para esta función y podrán ser los siguientes:

- Servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria.
- Servicios relacionados con la atención a las necesidades domésticas o del hogar.

En el apartado 5.1 del PCT se indica que para la prestación del servicio la entidad adjudicataria dispondrá del siguiente personal por lote: Director, coordinadores, ayudante de coordinación, auxiliar de ayuda a domicilio. Las funciones a realizar por este último se concretan en el apartado 4.1 del PCT, entre las que se enumeran diversas tareas de atención personal y diversas tareas del hogar (atención doméstica).

En el apartado 4.5.1 del PCT se prevé la participación económica de los usuarios en la financiación del servicio de acuerdo con su capacidad económica y

coste del servicio. Dicha aportación se descontará del coste total a facturar a la Comunidad de Madrid.

Asimismo según el punto 3 del Anexo I del PCAP los precios unitarios que deberán ofertarse no podrán superar los importes que a continuación se detalla: lunes a viernes entre las 7,00 horas y las 22,00 horas y sábado entre las 7,00 y las 15,00 horas:

Precio hora atención personal 14 euros

Precio hora atención a las necesidades domésticas 9 euros.

Tercero.- El 19 de noviembre las asociaciones ahora recurrentes presentaron ante la Consejería de Asuntos Sociales anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El 20 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Tribunal escrito de recurso en relación con el PCAP y PCT que han de regir el contrato. En particular, se impugna el presupuesto base de licitación y la falta de referencia a la subrogación de trabajadores. Se alega que los precios de la prestación del servicio no se corresponden con la realidad del mercado ni son suficientes para garantizar la viabilidad del mismo, no aportando a los futuros contratistas información suficiente en relación al conjunto de la prestación que se llevará a cabo. Asimismo se solicita la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación. Finalizan solicitando que se estime el recurso y *“en consecuencia, subsane esta incidencias, contemplando criterios de acceso a la convocatoria conformes a Derecho, y que permitan la libre participación en términos de igualdad y transparencia de cualquier empresa que reúna los requisitos para la prestación del servicio que se requiere”*

Por la Secretaría del Tribunal se requirió a las recurrentes para que subsanen el escrito de recurso y presenten los documentos que a continuación se indican:

- a) Estatutos –original y copia- de AESTE, ASEMAD, FED y AMADE.

b) (...)

c) El documento que acredite, respecto de los firmantes, el cumplimiento de los requisitos conforme a los estatutos sociales, para la interposición del recurso o, en su caso, para el ejercicio de acciones en general.

Cuarto.- Con fecha 23 de noviembre de 2012, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Quinto.- El órgano de contratación remite una copia del expediente de contratación el 22 de noviembre y su informe el día 28.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar cabe examinar si se cumple el requisito procedimental de legitimación activa necesario para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, -en adelante TRLCSP-).

La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la

facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”*.

La tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la

interposición del recurso. Además la interpretación y valoración de la existencia de legitimación ha de realizarse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio *pro actione*.

En el mismo sentido el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera interesados en el procedimiento administrativo a las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales en los términos que la Ley reconozca. Cabe mencionar que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en el artículo 19.1.b), reconoce legitimación en dicho orden jurisdiccional a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

Por otra parte, es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, como requisito es necesario acreditar la existencia de un acuerdo del órgano facultado para adoptar la decisión de recurrir, como expresión de la voluntad colectiva cuyos intereses representa y defiende. Debe acudirse a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas. Asimismo la jurisprudencia se manifiesta favorable a una interpretación *pro actione* superando interpretaciones restrictivas que impidan el examen de las cuestiones de fondo por cuestiones meramente formales.

Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ/2011/4089), citando otra de 5 de noviembre de 2008 (RJ/2009/451), que cabe discriminar entre el poder de representación que solo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, y la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que ha de ser

tomada por el órgano de la persona jurídica a quien sus normas reguladoras atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima transcendencia que la justificación de la decisión de litigar tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues, siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha de constatarse que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin y que lo tome el órgano que tiene atribuida tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente. La jurisprudencia citada aunque referida a la admisibilidad de los recursos contencioso administrativos es aplicable para la aplicación e interpretación de los requisitos de admisibilidad de un recurso administrativo como es el recurso especial en materia de contratación.

Una vez expuesta la anterior doctrina, podemos abordar ya el examen de la cuestión planteada respecto de cada una de las firmantes del presente recurso.

En primer lugar, la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE) aporta el texto refundido de los Estatutos en los que consta que es *“una organización empresarial de carácter sectorial y abarcando todo el territorio del Estado Español, sin ánimo de lucro, constituida para la coordinación, representación fomento y defensa de los intereses empresariales y sociales comunes a los servicios de Dependencia, teleasistencia, discapacidad, salud mental y cualesquiera que se entiendan dentro del ámbito de la dependencia”*. Incorpora también escritura pública de 23 de diciembre de 2011, elevando a público el acuerdo social para que por Doña A.A.D. se ejercite en nombre y representación de AESTE, las facultades que se delegan, entre las cuales figura la representación de la poderdante en procedimientos y recursos.

Respecto de la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD), señalan sus estatutos que, entre otros, son sus fines *“defender y*

promocionar los intereses profesionales de sus asociados ante la Administración". Adjunta copia del acuerdo del día 15 de noviembre de "realizar los trámites oportunos para proceder a la impugnación inmediata del pliego del Servicio de Ayuda a domicilio dirigido a personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid", autorizando para la interposición del recurso a Doña B.R.V., Presidenta de la Asociación.

La Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) es una organización empresarial de ámbito estatal constituida para la representación y defensa de los intereses del sector de residencias para personas mayores en situación de dependencia o no, centros de día y de noche, ayuda a domicilio, teleasistencia y servicios de atención directa a personas dependientes o no. Don J.A.E.G., firmante del recurso es el Presidente Ejecutivo. Según el artículo 21 de los Estatutos figura entre las funciones de la Junta Directiva, adoptar acuerdos relacionados con la interposición de cualquier clase de recurso, sin que se haya adjuntado al recurso ni en el periodo de subsanación concedido el correspondiente acuerdo manifestando la voluntad de interponer el recurso.

La Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (AMADE) cuenta entre sus fines estatutarios la representación gestión y defensa de los intereses profesionales de los centros y servicios de atención a la dependencia entre los que se encuentran las empresas de asistencia domiciliaria. Don J.G.M., firmante del recurso es el Presidente Ejecutivo. Según el artículo 35 de los Estatutos figura entre sus funciones "ostentar la representación legal y oficial de la Asociación especialmente ante toda clase de autoridades, Tribunales, organismos Públicos y privados, con amplias facultades, incluso las de poder otorgar poderes generales y especiales a toda persona que estime oportuno".

Todas las recurrentes son asociaciones empresariales, representantes de los intereses de sus asociados. Según alegan el PCAP establece una serie de requisitos para poder participar en la licitación que restringen de forma injustificada la

concurrencia impidiendo la participación a numerosas empresas capacitadas para llevar a cabo las prestaciones previstas. Parece claro que la decisión que se adopte representa para una entidad que asume la defensa de intereses colectivos algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos como es la posibilidad de licitar de sus asociados en mejores condiciones, en caso de ser estimado el recurso, por lo que a todas cabe reconocer legitimación para la interposición del presente recurso.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso y del requisito previo de acreditación del acuerdo del órgano que tiene atribuidas las competencias para decidir el ejercicio de acciones administrativas excepto en el caso de la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia, sin perjuicio de que la resolución del recurso les pueda resultar de provecho dada la identidad en la argumentación del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro de plazo, pues la convocatoria impugnada fue publicada el 12 de noviembre de 2012 e interpuesto el recurso ante este Tribunal el día 20, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Asimismo consta el anuncio previo a la interposición del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Condiciones Técnicas de un contrato de servicios clasificado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y cuantía superior a 200.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP en relación al 16.1.b).

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Quinto.- En primer lugar se impugna por las recurrentes el punto 3 del anexo I del PCAP, correspondiente al presupuesto base de licitación y crédito. Señala que el Servicio de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid se rige por un convenio que regula las condiciones de trabajo de todas las empresas o entidades dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio, vulnerándose el mismo porque en el precio estipulado para la hora de servicio no se cubre el coste real de la hora de un auxiliar de ayuda a domicilio según el mencionado convenio. Considera que se establecen dos precios distintos para una misma categoría profesional que tiene una única retribución por convenio con independencia de las tareas que realice produciéndose un desdoblamiento de una categoría profesional única, recogida en el artículo 16 del citado convenio, según el cual la auxiliar de ayuda a domicilio es una categoría polivalente, término que se emplea en el punto 5 del PCT. Tampoco se han contemplado precios/hora para festivos cuando el convenio de aplicación establece una retribución mayor.

El informe del órgano de contratación señala que la Administración en el momento de fijar el presupuesto de un contrato tendrá que partir del principio de control del gasto y estabilidad presupuestaria enunciados en el artículo 1 del TRLCSP. Afirma que el presupuesto base de licitación se refiere a los costes de referencia de conformidad con la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicio Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo de 10 de julio de 2012, del Consejo Territorial para la Mejora del Sistema para la Autonomía Personal y Atención de las Personas en Situación de Dependencia. En la citada Resolución se indican los costes de referencia para los distintos servicios, entre ellos el de ayuda a domicilio, que ha sido recogido en el PCAP añadiendo el importe del IVA. En cuanto a la diferenciación entre servicio de atención personal y servicio de atención a las necesidades domésticas que según las recurrentes son tareas asumidas por el mismo personal con carácter indistinto, indica el citado informe que

la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Situación de Dependencia establece que el servicio de ayuda a domicilio podrá ser: Servicios relacionados con la atención personal en la realización de la actividad diaria servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar, si bien estos servicios sólo podrán prestarse conjuntamente con los anteriores; y los dos precios unitarios que figuran en el PCAP responden a lo indicado en el mencionado Acuerdo de 10 de julio de 2012 y en el artículo 23 de la Ley 39/2006, citada anteriormente.

El informe del órgano de contratación señala también que el artículo 87 del TRLCSP en el que la recurrente basa parte de su argumento establece pautas para determinar el precio del contrato pero no contiene una norma expresa en la que se establezcan los conceptos que deba contener el presupuesto de licitación. Alega que la negociación colectiva en lo que respecta a la administración licitante es una “*res inter alios acta*” que no vincula a la Administración sino a los trabajadores y empresarios implicados en el ámbito del convenio y que las condiciones económicas pactadas en convenio sobre los precios de los servicios no pueden ser trasladadas al ente titular del servicio, pues no ha intervenido en su gestación. Cita en apoyo de su argumentación el informe 34/99 de 12 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal y el informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 19 de enero de 2001. Resalta que no solo la Administración no está vinculada por lo establecido en un convenio colectivo para fijar el precio de un contrato sino tampoco los licitadores a la hora de realizar su proposición económica.

A la vista de lo alegado por las partes cabe recordar que el TRLCSP en el artículo 87 dispone, que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que “*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 de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

No existe norma expresa en la que se establezca los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación de los contratos de servicios a semejanza de lo que hacen los artículos 130 y 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regulan el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra y el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, en el cual se integra un porcentaje de gastos generales y otro en concepto de beneficio industrial. En el artículo 87 del TRLCSP únicamente se establecen las pautas para determinar el precio del contrato.

Para los contratos de servicios el artículo 302 del TRLCSP regula la determinación del precio estableciendo que en el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades.

Sobre la adecuación de los precios al mercado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su recomendación 2/1997, de 6 de mayo, insiste en que hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que a la hora de determinar el precio de los contratos se procure que éste sea adecuado al mercado, y en su informe 19/97, de 16 de diciembre, señala que la *«primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado»*, e insiste en que *«el artículo 203.2 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas no pretende que se cumpla solamente una formalidad cual es la inclusión del sistema de determinación del precio en una cláusula del*

pliego de cláusulas administrativas particulares, sino algo más: que el presupuesto del contrato, que se convertirá en su precio según la oferta seleccionada, se elabore con arreglo a un sistema que deberá ser el adecuado para valorar en términos económicos las prestaciones objeto del contrato».

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

En concreto y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el Informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP) relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa, y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante añade “(...) *se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo*”.

En consecuencia, se considera que si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí deben tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta, al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es

fundamental en la prestación objeto del contrato. En este sentido lo ha señalado también este Tribunal en su Resolución 89/2011, de 21 de diciembre.

Cuestión distinta es la composición de la oferta una vez presentada por los licitadores y los elementos tenidos en cuenta para su formulación o los efectos de la modificación de las condiciones laborales durante la ejecución de los contratos formalizados. Así el informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 34/2001, de 13 de noviembre, refiriéndose a un contrato de servicios de seguridad, señala que la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y en concreto los efectos derivados del convenio colectivo, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de diversos elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, además de los del convenio respectivo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones u otros aspectos de la legislación laboral. Y concluye *“La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del artículo 86, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

De acuerdo con los preceptos anteriores corresponde al órgano de contratación cuidar que el presupuesto de licitación sea adecuado al de mercado y que en aquellos casos, como el expediente de referencia, en que el coste económico principal lo constituye la retribución del personal, éste coste será el concepto básico desde el punto de vista económico del contrato. Asimismo en la medida que podrán

ser también factores determinantes respecto de la fijación del precio de licitación, deberá tenerse en cuenta el nivel de prestación de los servicios que se pretende contratar, atendiendo tanto a la variedad de servicios exigidos como a las horas y personal necesario para su realización.

La licitación anunciada, objeto del recurso, afecta fundamentalmente a la categoría profesional de auxiliar de ayuda a domicilio (apartados 4.1 y 5.1 del PCT), categoría profesional que se cita de forma expresa.

Los costes salariales del personal en este contrato concreto, según el PCT, representan el mayor gasto. Los licitadores deberán tomar en consideración para formular su proposición económica las obligaciones sociales sin que en un momento posterior, una vez presentada la oferta venga obligado el órgano de contratación a realizar el análisis y comprobación de los diversos elementos que componen la misma como pudiera ser, además de los del convenio respectivo, el pago de impuestos, el disfrute de exenciones, la percepción de subvenciones u otros aspectos de la legislación laboral.

Sexto.- El Convenio Colectivo de Servicio de Ayuda a Domicilio de Madrid, invocado en el recurso, fue concertado de una parte por la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD), ahora recurrente, y de otra por la Federación Regional de Actividades Diversas de Comisiones Obreras de Madrid y la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores de Madrid. Fue publicado en el BOCM de 1 de noviembre de 2011. Su ámbito de aplicación es de carácter autonómico, a la Comunidad de Madrid. En la regulación del régimen económico figuran los siguientes conceptos salariales: salario base, antigüedad, plus convenio y plus de fines de semana y festivos así como tres pagas extraordinarias y plus de transporte. El artículo 16 relativo a la clasificación profesional y funciones establece la categoría profesional de auxiliar de ayuda a domicilio como categoría polivalente cuyas funciones serán: trabajos generales de atención al hogar (entre las que se detallan limpieza de vivienda, lavandería, cocinado de alimentos y reparación

menor de utensilios domésticos) y trabajos de atención personal (entre las que se detallan aseo personal, atención de la higiene personal, apoyo a la movilidad, acompañamiento, recogida y gestión de recetas, etc.).

El Consejo Territorial para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia es un mecanismo de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, constituido por representantes de ambas administraciones públicas. En su seno deben desarrollarse, a través del acuerdo, entre otras funciones la adopción de los criterios de participación de los beneficiarios en los costes de los servicios, según el tipo y coste del servicio y la capacidad económica personal, habiendo considerado la necesidad de armonizar los criterios de la capacidad y participación económica de los beneficiarios del sistema. Por tanto, es objeto declarado de dicho acuerdo establecer los criterios mínimos comunes para la determinación de la capacidad económica personal de los beneficiarios y criterios para su participación económica en las prestaciones del sistema. A dicho efecto el Acuerdo de 10 de julio de 2012, del Consejo Territorial para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, en su acuerdo tercero.8.1 fija el coste de referencia del servicio de ayuda a domicilio en 14 euros por hora, para los servicios relacionados para la atención personal y en 9 euros para los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar. Tal es la consecuencia que se puede extraer de lo en él contenido.

Tampoco consta en el Acuerdo el medio utilizado o parámetros tenidos en cuenta para calcular el valor de referencia, pero en ningún caso el Acuerdo tiene carácter normativo para las empresas del sector, a diferencia de lo que ocurre con el convenio colectivo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, tiene el carácter de fuente de la relación laboral, estando jerárquicamente subordinado a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

Examinado el expediente se constata que el apartado 3 del Anexo I del PCAP establece que los precios unitarios que deberán ofertarse no podrán superar los importes:

Precio hora atención personal 14 euros

Precio hora atención a las necesidades domésticas 9 euros.

El citado convenio colectivo, por lo expuesto, no ostenta un carácter vinculante para la Administración contratante, pero los conceptos retributivos en él recogidos sí suponen un elemento orientador para la determinación del precio de mercado del servicio. En el mismo se anexa una tabla salarial según categorías y para 2011 figura un coste bruto mensual de 566,68 euros para un Auxiliar de Ayuda a Domicilio con jornada de 20 horas semanales, lo que supone 7,083 euros la hora en 2011, a lo que ha de sumarse la actualización para 2012 y los costes de Seguridad Social, lo que supone unos costes aproximados de 11,61 euros/hora. Teniendo en cuenta que al importe de la hora han de incorporarse los gastos del personal de coordinación, los pluses de días festivos, los gastos generales de funcionamiento de la empresa y el beneficio del empresario, se debe concluir que el importe de 9 euros previsto para atención a las necesidades domésticas es insuficiente, sin que los datos aportados por las recurrentes permitan apreciar dicha insuficiencia respecto del importe de 14 euros previstos para atención personal. No previendo el convenio colectivo una categoría y conceptos retributivos distintos a los de la auxiliar de ayuda a domicilio para las funciones que componen el objeto del contrato, no cabe diferenciar el importe a percibir en uno y otro concepto.

De lo expuesto cabe concluir la necesidad de adecuar el presupuesto base de licitación a los importes que justificados en el expediente de contratación sean ajustados a los precios de mercado, para lo cual se han de tener en cuenta los gastos salariales previstos en la regulación convencional invocada por las recurrentes: el convenio citado de Servicio de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la posible concurrencia con el VI Convenio Colectivo marco

estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Séptimo.- En segundo lugar se alega por las recurrentes faltas de referencia a la subrogación de personal. Se alega que el PCT no aporta información sobre la plantilla que el nuevo contratista deberá asumir al serle adjudicada la prestación y si bien es cierto que el pliego no impone la obligación de subrogación empresarial de la contrata, el personal que desempeña la prestación del servicio de ayuda a domicilio se encuentra sujeto al ámbito funcional del Convenio Colectivo del Servicio de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid que establece la obligación de subrogación en los trabajadores. Por ello, entienden las recurrentes que los pliegos deberían aportar la información suficiente sobre la plantilla que el nuevo contratista deberá asumir si le fuera adjudicada la prestación, de manera que se pueda realizar una valoración aproximada y real de los costes salariales que podría conllevar la prestación del servicio, entendiéndose que se está infringiendo el artículo 120 del TRLCSP.

Al respecto el informe del órgano de contratación señala que la obligación de subrogación prevista en la normativa de concertación laboral constituye una novación subjetiva de la relación laboral que sólo será obligatoria para los empresarios cuando se mantengan inalterados los demás elementos definidores del contrato anterior, pudiendo variar únicamente, el elemento subjetivo del contratista que va a desempeñar el mismo servicio objeto de sucesiva, reciente y última contratación. Entiende que en el presente caso concurre una variación sustancial de tales elementos porque no coincide el elemento personal de la administración contratante pues este contrato, ahora licitado por la Comunidad de Madrid, antes fue licitado por diferentes Ayuntamientos y la Federación de Municipios de Madrid, el ámbito de la contratación pasa de ser local a regional y si se admitiera la posibilidad de subrogaciones se podría dañar el derecho de los trabajadores que devendrían en situación de poder ser obligados a cumplir su relación laboral fuera de la localidad o

localidades para las que pudiera haber sido contratados, con lo que se vulneraría el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores.

Considera el informe del órgano de contratación que el objeto del contrato es distinto, toda vez que en los contratos preexistentes el objeto era la prestación del servicio de ayuda a domicilio a beneficiarios, dependientes o no dependientes, en sus respectivos territorios, mientras que en el presente contrato el objeto es la prestación del servicio a personas exclusivamente dependientes en el territorio de la Comunidad de Madrid, de cuanto deduce que si se admitiera la operatividad de la subrogación pactada en convenio colectivo se estaría afectando no solo a uno de los elementos del contrato sino a la totalidad de los mismos, lo que supondría una interpretación extensiva del artículo 22 del Convenio. En este caso considera que no hay identidad en la entidad económica, al producirse una alteración tanto del ámbito territorial como en el objeto de la prestación del servicio, considerando que al desaparecer la referencia a una entidad económica similar no se está condicionado por los derechos laborales previos y por ello no resulta de aplicación la previsión del artículo 120 del TRLCSP y no procede facilitar la información detallada en el citado precepto.

Al efecto cabe recordar que el artículo 120 del TRLCSP establece para el órgano de contratación la obligación de facilitar información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales.

La Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un

mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando un servicio se deriva del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, cuando establece que *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*.

El artículo 22 del Convenio Colectivo de Servicio de Ayuda a Domicilio, invocado por las recurrentes establece que *“Al término de la concesión de una contrata de ayuda a domicilio, los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos...”*

Por otra parte el artículo 70 del VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, establece una cláusula de subrogación de carácter similar.

Sin embargo el ámbito funcional de ambos convenios no es coincidente. Así el Convenio de Servicio de Ayuda a Domicilio regula las condiciones de trabajo de todas las empresas o entidades, cualquiera que sea su forma jurídica, dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio (art. 3). El servicio de ayuda a domicilio es un servicio comunitario de carácter social que, mediante personal preparado o supervisado, ayuda en el ámbito preventivo, educativo y asistencial a

familias o personas con dificultades para mantener o restablecer su bienestar físico y afectivo, e intentar que puedan continuar viviendo en su hogar y/o entorno mientras sea posible y conveniente. El ámbito funcional del VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, está constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de la atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia.

En este caso el órgano de contratación ha previsto unas necesidades de personal para la realización de las prestaciones objeto del contrato que resulta muy similar a los contenidos en los contratos que hasta ahora están prestando el servicio de ayuda a domicilio contratados por los Ayuntamientos o la Federación de Municipios de Madrid, pero no son idénticas por cuanto aquellos contratos, según afirma el órgano de contratación, incluyen el concepto genérico de ayuda a domicilio y el segundo exclusivamente la ayuda a domicilio dirigida a las personas en situación de dependencia. Tampoco coincide el ámbito territorial de cada uno de los contratos vigentes y el contrato que se plantea.

La información de la obligación de subrogación permite que los licitadores tengan un conocimiento completo de los elementos que pueden afectar a la estructura económica del contrato, lo que les permitirá conocer todos los extremos precisos para formular ofertas. Asimismo dicha información permite a los licitadores conocer las condiciones del personal, que en caso de resultar adjudicatario, pasará a formar parte de su plantilla empresarial, con efectos inherentes a cualquier relación laboral entre los que figuran los derechos y obligaciones de contenido económico, incluidos los derivados de la extinción laboral. El adjudicatario es conocedor de que, en relación al personal que presta el servicio objeto de licitación, en caso de resultar adjudicatario y por subrogación legal, tendrá que ejercer todas las facultades empresariales asumiendo también todas las obligaciones.

Desde la óptica de la contratación administrativa, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones- por más que sean obligaciones legales,- cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formularlas. A ello tiende el artículo 120 del TRLCSP, cuando establece que *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”*.

En este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002,-aplicable asimismo a la LCSP-, que concreta esta obligación señalando *“La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.(...)”*.

En el caso objeto del recurso resulta que no se ha facilitado, ni en el pliego ni como documentación complementaria, información respecto de las condiciones de trabajo y ello se justifica en la consideración de que no se cumplen los requisitos legales para que proceda la subrogación pues se da una variación sustancial de los elementos de los contratos vigentes en comparación con el proyectado.

Al efecto cabe citar la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados 173/96 y 247/96, Francisca Sánchez Hidalgo y otros, relativo a la gestión del servicio de ayuda a domicilio a favor de determinadas personas en situación de necesidad del Ayuntamiento de Guadalajara, que señala que *“la mera circunstancia de que los servicios prestados por el antiguo y el nuevo concesionario o por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sean similares no es suficiente para afirmar que existe, entre las sucesivas empresas, una transmisión de entidad económica”* y que *“el concepto entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”*. Asimismo afirma que *“un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinado de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”*. En el mismo sentido se pronuncia el mismo Tribunal en la Sentencia de 29 de junio de 2010, asunto C-151/09, Federación de Servicios Públicos de UGT, supuesto en que el Ayuntamiento de La Línea acordó el rescate de varias concesiones de servicios públicos que habían sido prestados por cuatro empresas concesionarias privadas afirma que *“en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”*.

De lo que cabe concluir que para que la subrogación pueda exigirse, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular (informe 6/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

De lo expuesto, en el presente contrato no se aprecia identidad en la entidad económica, al producirse una alteración tanto en el ámbito territorial como en el objeto de la prestación del servicio, por lo que no sería de aplicación la previsión del artículo 120 del TRLCSP.

Ahora bien la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro que lo venía prestando, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate. Consiguientemente la falta de previsión en los pliegos respecto de tal obligación no puede ser causa de nulidad que se pueda fundar en la falta de inclusión de la mencionada obligación, ni debe afectar a su exigibilidad puesto que deriva de una norma general aplicable a todos los incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

No obstante, no es competencia de este Tribunal interpretar las normas laborales y como se ha dicho la obligación de subrogación es independiente de su previsión o no en los pliegos o documentación complementaria del contrato y en caso de que los licitadores discrepen sobre la interpretación que al caso puede darse sobre la obligación, al ver condicionada su oferta a la posible decisión de la jurisdicción laboral sobre la obligación de subrogación pueden hacer uso del derecho a solicitar información adicional a que se refiere el artículo 158 del TRLCSP. En cualquier caso, no siendo preceptivo que dicha información figure necesariamente en los pliegos, pudiendo figurar en otra documentación complementaria, su ausencia no afectaría a la validez de los mismos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Tener por desistida a la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) del recurso especial contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Condiciones Técnicas del expediente de contratación "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Cuatro lotes", nº expte.002/2013.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por Doña A.A.D., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), por Doña B.R.V., en nombre y representación de la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD) y por Don J.G.M., en nombre y representación de la Asociación Madrileña de Atención a la Dependencia (AMADE), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Condiciones Técnicas del expediente de contratación "Servicio de ayuda a domicilio dirigido a las personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Cuatro lotes", nº expte.002/2013, debiendo adecuar el presupuesto de licitación a los importes que, debidamente justificados en el expediente, se ajusten a los precios de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta los gastos salariales previstos en la regulación laboral y proceder a una nueva licitación.

Tercero.- 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 47.5 del TRLCSP.

Cuarto - 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 49 del TRLCSP.