

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

En Madrid, a 21 de marzo de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN MADRILEÑA DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (AMAD) contra la convocatoria de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) y la memoria justificativa del contrato de “Servicio de Ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Parla”, expediente 103/023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El anuncio de la citada licitación se envió al DOUE con fecha 19 de febrero de 2024, y se publicó tanto en el DOUE como en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 20 de febrero de 2024, estando abierto el plazo de presentación de ofertas hasta el 25 de marzo de 2024.

El valor estimado del contrato asciende a 2.980.683,02 euros, con una duración de dos años más otros dos de prórroga.

Segundo. - El 11 de marzo de 2024, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, instando la declaración de nulidad de los Pliegos y el propio procedimiento de licitación, basado en la insuficiencia presupuestaria por:

- No cómputo de la antigüedad en los trabajadores subrogados.
- No cálculo de gastos por absentismo.
- Insuficiente coste seguridad social.

Tercero - El 14 de marzo de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). En el mismo se allana a la pretensión del cómputo de la antigüedad.

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron publicados el 20 de febrero, e interpuesto el recurso el día 11 de

marzo, por tanto, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero. - El recurso se interpuso contra los Pliegos 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.

Cuarto. - Como entidad representativa de intereses colectivos la Asociación se encuentra legitimada para interponer el recurso, conforme al artículo 48 de la LCSP: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica 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”*

Quinto. - Se impugna la vulneración por los Pliegos y documentación contractual de los artículos 1, 100.2 y 101.2 de la LCSP por insuficiencia del presupuesto, citando numerosa doctrina contractual al respecto, transcribiendo al respecto:

...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”. (100.2)

“En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que

se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”.
(101.2).

La primera alegación es que el presupuesto no contempla el coste de la antigüedad de los trabajadores, pretensión a la que expresa su conformidad el órgano de contratación, quien admite un error en la elaboración de los presupuestos, concluyendo el escrito remitido que *“se admite la rectificación planteada del importe de licitación, y en consecuencia, una vez recibida la resolución oportuna, se acordará retrotraer el procedimiento para la modificación de la Cláusula 4ª Y 5ª del Anexo I del PCAP en el sentido manifestado por la recurrente”*

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el allanamiento no está previsto como forma de terminación de este procedimiento. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión.

Esta previsión es igualmente aplicable ante el allanamiento parcial, contemplado en el artículo 21.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: *“2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso”.*

En el caso, se consignan por el recurrente los costes de antigüedad no contemplados y se comprueba por la memoria técnica que no se han recogido esos costes de antigüedad del personal subrogable, tal y como afirma también el informe del órgano de contratación, antigüedad que sí figura en la relación del personal subrogable del anexo VIII. Procede estimar esta pretensión, porque el Pliego debe respetar en su presupuesto los costes laborales derivados del convenio colectivo de referencia, siendo un contrato con uso intensivo de mano de obra, procediendo anular los Pliegos con retroacción de actuaciones.

El segundo coste no contemplado es el de absentismo laboral. Este Tribunal ha recordado que la LCSP no exige expresamente recoger este gasto en el presupuesto, gasto que deriva no de la prestación en sí, sino de su ausencia. Sobre este tema no se pronuncia el informe del órgano de contratación. No obstante, este Tribunal ha afirmado lo siguiente en Resolución nº 293/2022 de 29 de julio con cita de Resolución nº 334/2021 del mismo:

...A juicio de este Tribunal, la LCSP no exige el grado de detalle en el desglose de gastos salariales que demanda el recurrente. Se limita a afirmar que “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” (artículo 100.2). Y “en los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación” (101.2). Y “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”.

(102.3).

La impugnación de la falta de inclusión en el presupuesto o en la memoria económica de partidas como las requeridas por el recurrente solo sería viable de acreditar palmariamente por esta vía la insuficiencia del presupuesto para la ejecución del contrato, no porque su ausencia vulnere ningún precepto de la legislación contractual...

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución nº 729/2018:

... El absentismo laboral no es una condición de trabajo, sino una manifestación del incumplimiento de las mismas, por lo que aun tratándose de un dato a valorar por ejemplo dentro de la determinación de los gastos o costes generales, que podrán incluir los de estructura, absentismo, etc., no constituye un dato legalmente exigible para la determinación de los costes laborales derivados de las condiciones de trabajo de los trabajadores a subrogar.

Por otra parte, el legislador se ha preocupado de regular medidas de depuración de responsabilidades a fin de evitar daños y perjuicios a los sujetos obligados por esta medida, estableciendo no sólo la imposición de penalidades en los pliegos en el supuesto de incumplimiento de esta obligación (artículo 130.4), sino también que: “En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista” (artículo 130.5). Por todo lo cual, en la medida en que el absentismo laboral no constituye una información legalmente exigible ex artículo 130.1 in fine, ni representa una condición de trabajo sino el incumplimiento de aquélla, y estando previstas por el legislador diversas medidas para paliar que se causen daños y perjuicios al nuevo adjudicatario, procede la desestimación del motivo. ...

No obstante, atendiendo a la importancia del importe que consigna por gasto debido al absentismo el recurrente, cabe hacer unas consideraciones. En primer lugar, cifra el coste de absentismo en un 12,41% sobre el coste laboral, cálculo que basa en su propia experiencia en la gestión del servicio, cosa que no se entiende si la recurrente es una organización empresarial y no un empresario que preste servicios de dependencia. Su objeto social es representar y defender los intereses de los empresarios del sector, no prestar servicios de dependencia.

Entendiendo que pueda referir a la experiencia de sus asociados, se realiza un desglose de los costes por absentismo, difícil de compartir. Al 12,41% se llega por: 5% Incapacidad temporal por accidente, enfermedad profesional o enfermedad común; un 4,63% de gasto por desplazamientos entre usuarios, pues se afirma que es un tiempo que se paga al trabajador, pero no se cobra a la administración, se tiene en cuenta una media actual de 20 minutos diarios, no tenemos en cuenta el primer desplazamiento; 1,78% de permisos retribuidos de 4 días; 0,25% de formación; 0,75% de otros permisos.

Pues bien, en el 5% de incapacidad temporal no se diferencia entre coste a cargo de la empresa y coste a cargo de la seguridad social y de las mutuas patronales, sin el cual ese porcentaje carece de valor.

Respecto del coste por desplazamiento entre usuarios, que es el 4,36% sobre el coste según el recurrente, no se localiza en toda la documentación ninguna previsión que excluya del cómputo de horas el tiempo de desplazamiento entre usuarios o que solo considere trabajo el tiempo de prestación de servicio a los mismos. La empresa adjudicataria sí cobra a los usuarios por hora de servicio, pero no consta que la Administración excluya del precio ese desplazamiento. La oferta económica (Anexo II) es precio/hora día laborable. Debiendo acompañar a su oferta *“un estudio económico del precio/hora laborable ofertado, desglosando los conceptos que lo integran”*. Y declarando en la misma que *“en la elaboración de esta oferta se han*

tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad”.

Por su parte, el propio convenio colectivo prevé que ese desplazamiento es tiempo de trabajo efectivo: *“tendrán la consideración de trabajo efectivo, tanto las horas que se dediquen a la asistencia en el domicilio del usuario como las empleadas en desplazamientos entre servicios, las que se dediquen a funciones de coordinación y control. Los días de asuntos propios son tiempo efectivo de trabajo”.* (artículo 19).

Los salarios por categoría profesional que se recogen en la documentación contractual, Pliegos y memoria, son los de las tablas del convenio colectivo, son mensuales, y no se consigna ese detrimento por desplazamiento.

También los permisos retribuidos se consideran de trabajo efectivo, luego se computan en el salario, al igual que el tiempo de formación, que es incluso una obligación de la adjudicataria.

Por otro lado, el coste real por absentismo puede ser cubierto por la previsión de gastos generales estructurales, que alcanza el 7,5% según el presupuesto, además del 6% de beneficios, teniendo en cuenta que el propio recurrente cifra los gastos de estructura en un porcentaje muy inferior del 3%: *“Por último, tomamos unos costes de estructura de la empresa, unos costes indirectos al servicio que, aunque no están directamente relacionados, son imprescindibles para su correcto funcionamiento, estimamos, en base a nuestra experiencia con la gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio, un 3% sobre el total de ingresos”.* Cobertura que el propio recurrente contempla cuando afirma que el 12,41% de gastos de absentismo que calcula se encuentra por encima de la previsión de la Administración para otros gastos del 7,5%.

Se desestima el motivo sobre no cómputo del coste sobre absentismo.

También se afirma que el coste de seguridad social es superior al calculado del 31% del coste salarial y complementos, siendo del 31,90% de salario base, complementos y resto de gastos por absentismo, pero no acreditados estos últimos, no procede tampoco ese porcentaje, que se desestima.

Cita un gasto menor del 0,5% en diversas partidas, pero que igualmente puede ser cubierto en el 7,5% de gastos estructurales.

Por todo lo expuesto, se desestiman estos motivos de 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN MADRILEÑA DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (AMAD) contra la convocatoria de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) y la memoria justificativa del contrato “Servicio de Ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Parla” , expediente 103/023, anulando los Pliegos con retroacción de actuaciones en los términos del fundamento de derecho quinto.

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.