

Recurso nº 192/2022

Resolución nº 211/2022

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

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Federación de Asociaciones del Tercer Sector en el Ámbito de la Protección de la Infancia, Juventud y Familia, y de la Justicia Juvenil (FEPJJ) (en adelante la FEDERACIÓN) contra los pliegos del contrato de servicios denominado “gestión de un centro para el acogimiento residencial de menores protegidos atendidos con cargo a la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad (35 plazas)” de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social número de expediente 033/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 6 de mayo en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y el 18 de mayo en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 6.957.027,5 euros y su plazo de duración será del 1 de abril de 2022 al 31 de marzo de 2026, con posibilidad de prórroga por un año o varios períodos inferiores al año, sin que el plazo total pueda exceder incluida la prórroga de 5 años.

Segundo.- El 17 de mayo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la FEDERACIÓN en el que solicita la anulación de los pliegos y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 26 de mayo 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) solicitando la desestimación del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados y cuyo objeto corresponde con el del contrato. (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 6 de mayo de 2022 e interpuesto el recurso el 17 de mayo de 2022, 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.- La recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos de impugnación.

5.1. Infracción del artículo 145 de la LCSP, al no atender los criterios de adjudicación establecidos a la mejor relación calidad-precios, siendo, de facto, el precio factor determinante de la adjudicación.

Considera la recurrente que siendo un contrato Códigos CPV: 85311300-5 “*Servicios de bienestar social proporcionados a niños y jóvenes*” y 85311000-2 “*Servicios de asistencia social con alojamiento*”, cuyo objeto forma parte de los “*Servicios sociales y de salud y servicios conexos*” comprendidos en el Anexo IV de la LCSP, concurren manifiestos errores en la fijación de los criterios de adjudicación, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la cual forma parte de la normativa reguladora del régimen jurídico del servicio.

El apartado 9 de la Cláusula 1 del PCAP, relativo a los criterios objetivos de adjudicación del contrato, establece que la adjudicación del contrato se realizará utilizando la pluralidad de criterios que a continuación se detallan:

9.-CRITERIOS OBJETIVOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

9.1.- CRITERIOS RELACIONADOS CON LOS COSTES.

<u>Número</u>	<u>Descripción</u>	<u>Ponderación</u>
1	Oferta económica	49,00 puntos

Se valorará en este apartado la oferta económica que realicen los licitadores, según la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación: } 49 \times \frac{\text{Baja de licitación de la empresa que se valora}}{\text{Baja de licitación de la oferta más económica}}$$

Baja= Presupuesto de licitación – oferta económica de cada licitador (*Bajas de licitación IVA excluido*)

Las ofertas que no contengan baja en el precio de licitación obtendrán cero puntos.

9.2.- CRITERIOS CUALITATIVOS *evaluables de forma automática*.

<u>Número</u>	<u>Descripción</u>	<u>Ponderación</u>
2	Formación	hasta 10,00 puntos

Se valorarán las propuestas que se comprometan, durante todo el periodo de ejecución del contrato, a mejorar las acciones formativas para el personal, exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas de este Contrato (Cláusula IV.B.11).

- Por la realización de dos acciones formativas adicionales al año.....10 puntos
- Por la realización de una acción formativa adicional al año.....5 puntos

El licitador no puede comprometerse simultáneamente a las dos mejoras relacionadas en este apartado. En caso de comprometerse a ambas mejoras, se entenderá que no oferta ninguna de ellas.

Las materias sobre las que pueden versar las acciones formativas adicionales son las siguientes:

- El sistema de protección a la infancia en la Comunidad de Madrid.
- Legislación en materia de protección de menores.
- Los menores migrantes no acompañados y el sistema de protección.
- Análisis y prevención del bullying en los centros de menores.

- Trastornos asociados al consumo de drogas y sustancias estupefacientes.
- La función terapéutica en la intervención socioeducativa, el contexto terapéutico: la compensación, vinculación, confianza, resiliencia y apego.
- La calidad del acogimiento residencial de menores protegidos.
- Pautas de intervención en el tratamiento educativo-terapéutico de menores infractores en medio abierto.
- Herramientas educativas y emocionales: implementación de la inteligencia emocional aplicada en la intervención educativa con menores.
- Recursos específicos de protección: diagnósticos, informes, intervención.
- Las necesidades de la infancia protegida derivadas de la exposición mantenida a malos tratos. el buen trato. el educador como tutor de resiliencia.
- Las figuras implicadas en el acogimiento residencial y la protección infantil. El rol del educador.
 - La atención de los niños con trastorno por déficit de atención con hiperactividad en el contexto residencial de menores protegidos.
 - Mejora de la comunicación para equipos educativos de residencias infantiles.
 - La inteligencia emocional como herramienta para evitar el síndrome de burnout en el personal de los centros de menores.
- Nuevas realidades en la intervención con menores protegidos en acogimiento residencial desde la figura del guardador.
 - La perspectiva de género en la intervención social con menores. Prevención y detección de la violencia de género y violencia sexual en el ámbito de los centros de menores.
 - Las nuevas tecnologías como herramienta de intervención psicoeducativa, riesgos y consecuencias del uso inadecuado de las TIC's.
 - Estrategias y criterios para la evaluación en el marco de la justicia juvenil.
 - La reinserción social a través de actuaciones trasversales de desarrollo personal: educación medioambiental, educación para la salud y el deporte.

3.....**Personal** hasta 20,00 puntos

- Por incluir en la plantilla del centro una trabajadora social adicional, con jornada completa 10 puntos
- Por incluir en la plantilla del centro un educador adicional, con jornada completa 5 puntos
- Por incluir en la plantilla del centro un auxiliar técnico educativo adicional con jornada completa 5 puntos

4.....**Programas educativos** hasta 21,00 puntos

- Por organizar y ejecutar, a cargo de la Entidad, un programa de atención y orientación Psicológica 6 puntos
- Por organizar y ejecutar, a cargo de la Entidad, un programa de apoyo escolar y de aprendizaje de habilidades y técnicas de estudios, realizado en las instalaciones del Centro 5 puntos
- Por organizar y ejecutar, a cargo de la Entidad, un programa de salud en el que se incluyan la educación afectivo-sexual, así como la prevención en el consumo de drogas, realizado en las instalaciones del Centro de, al menos, 30 horas anuales 5 puntos
- Por organizar y ejecutar, a cargo de la Entidad, un programa de ocio y tiempo libre que incluya, al menos, dos actividades de carácter sociocultural trimestralmente, a realizar fuera del recuro residencial 5 puntos

Las mejoras ofertadas serán obligatorias y no podrán ser objeto de modificación. En caso de incumplimiento se aplicarán las penalidades establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en su artículo 21.1 que *“En relación con los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las siguientes obligaciones básicas:*

a) Asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana y garantizarán los derechos de los menores adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el bienestar del menor, su desarrollo físico, psicológico, social y educativo en el marco del plan individualizado de protección que defina la Entidad Pública.

b) Contarán con el plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución, en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como

a la salida del centro.

(...)

g) Poseerán una normativa interna de funcionamiento y convivencia que responda a las necesidades educativas y de protección, y tendrán recogido un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones.

(...)

k) Promoverán la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas que transcurran en el entorno comunitario en el que se encuentran”.

A juicio de la recurrente la citada Ley Orgánica impone a los centros y servicios dedicados al acogimiento residencial una serie de obligaciones que se traducen en la existencia de un Proyecto Psicoeducativo Global del servicio que constituye un aspecto fundamental a tener en consideración a la hora de seleccionar a la contratista de un servicio de estas características, sin embargo en el contrato de referencia dicho proyecto no se establece entre los criterios cualitativos de adjudicación sino que se relega al momento de la formalización. Considera que dicho proyecto debería ser un criterio de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, siendo de aplicación a tal efecto el artículo 146.2. de la LCSP y que ello permitiría garantizar un servicio óptimo.

Entiende que la existencia de criterios de adjudicación automáticos vinculados a una serie de proyectos educativos no obvia la necesidad del Proyecto Educativo Global, pero es más, solo se valora el compromiso de la prestación del programa educativo y no su contenido.

En defensa de sus pretensiones cita el contrato de “*Acogimiento residencia de menores extranjeros no acompañados con dificultades de adaptación sociocultural (26 plazas)*” en el que sí se contempla el proyecto técnico entre los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.

Continúa en su alegato manifestando que se evalúa también de forma automática el compromiso de la entidad licitadora de sumar a la plantilla determinados profesionales que al llevar coste, produce el efecto que los criterios económicos pasan de 49 puntos (criterio precio) a 69 (20 puntos por personal adicional), considera que con ello el órgano de contratación trata de eludir el requisito indispensable para este tipo de servicios, impuesto por la LCSP, de que los criterio económicos no sean superiores en cuanto a la puntuación máxima que se pueden conseguir con el resto de criterios que resulten de aplicación a la licitación.

Considera que con el mero compromiso de cumplimiento por parte de una entidad de todas las mejoras evaluables de forma automática supondría la obtención por su parte de 51 puntos sobre un total de 100, por lo que el órgano de contratación se ha visto obligado a modular el concepto de *“baja anormal o desproporcionada”* (apartado 9.3 de la cláusula 1 del PCAP) haciendo que, mientras que en un proceso de licitación al uso para medir este concepto solo se utilizarán los criterios económicos, en este proceso dicha situación deba ser medida utilizando la oferta económica y los criterios cualitativos, reconociéndose que desde un punto de vista indirecto los criterios cualitativos fijados tienen un efecto económico que incide de forma directa en la oferta que la entidad realice, único hecho por el cual son tenidos en cuenta a la hora de identificar la baja anormal o desproporcionada de una entidad, situación ésta que pervierte el espíritu de la LCSP que indica que es el precio.

Por ello, concluye que el órgano de contratación ha optado por fijar criterios de adjudicación que, de facto, darán lugar a que sea la oferta económica el criterio decisorio de la adjudicación, desequilibrando la *“relación calidad-precio”* que impone el artículo 145.1 de la LCSP, y contraviniendo lo establecido por el artículo 145.3.g) de la LCSP para los contratos de servicios sociales, al señalar que *“el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”*, extremo que justifica sobradamente que el proyecto técnico o de centro al que se ha referido anteriormente deba incluirse como criterio de adjudicación en el PCAP, eliminándose del PPT la necesidad de su mera aportación una vez iniciada la ejecución del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación apela a la discrecionalidad técnica para determinar los criterios de adjudicación que solo puede ser corregida en caso de error manifiesto, arbitrariedad o infracción. Al respecto opone que ni el artículo 145, ni el 146 de la LCSP contempla la obligatoriedad de la inclusión de criterios subjetivos en los contratos del Anexo IV, sino que se establece como regla general la preponderancia de criterios referidos a características del objeto del contrato que puedan evaluarse automáticamente.

Igualmente, la circular de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen criterios de homogeneización, de 17 de enero de 2020 y a la que están vinculados todos los centros directivos de la Comunidad de Madrid, establece en su apartado quinto que *“resultaría conveniente restringir al máximo los juicios de valor y establecer, por parte del órgano de contratación, criterios de calidad muy claros, medibles, escalables y cuyo cálculo sea sencillo y proporcional mediante fórmulas matemáticas claras establecidas en los pliegos”*, debiéndose justificar por qué se utilizan criterios de calidad evaluables mediante juicios de valor en lugar de criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas automáticas, claras y sencillas.

Así, el órgano de contratación ha considerado para este expediente que la consecución de la finalidad del contrato se puede cumplir mediante la fijación de un criterio económico y de unos criterios evaluables objetivamente en la fase de elección, sin incluir criterios dependientes de un juicio de valor, para concentrarse posteriormente en la fundamental fase de ejecución del contrato a fin de coordinar estrechamente el desarrollo del servicio con la entidad o empresa adjudicataria conforme a las cláusulas del PPT.

Añade que la Ley Orgánica 1/1996 no impone la inclusión de unos determinados criterios de adjudicación. No obstante, el PPT se basa en su articulado para fijar las obligaciones del contrato, por lo que deben respetarse en el momento de

la ejecución del contrato disponiendo de las penalidades correspondientes para corregir cualquier incumplimiento.

Señala que hay que tener en cuenta que el PPT exige que la empresa adjudicataria tiene que disponer de un Proyecto Técnico y que la calidad de los proyectos se garantiza en cuanto la entidad tiene que contemplar en su Proyecto de Centro una serie de aspectos determinados en el pliego, entre los que se incluyen una serie de protocolos de actuación, por lo que el órgano de contratación no ha dejado al azar el desarrollo de dicho Proyecto de Centro, entendido como la planificación socioeducativa de carácter superior que ha de presidir la actuación de todos los centros de protección de menores, sino que contempla en el PPT el necesario y obligatorio seguimiento de dicho Proyecto, a través de la Comisión de Seguimiento de Contrato y del seguimiento continuo que realizan los técnicos de Coordinación de Centros, dependientes de la Subdirección General de Protección de la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad (en adelante, la DGIFFN), tal como se contempla en el apartado V del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por último, destaca que la inclusión de programas específicos como mejoras responde a la conveniencia de su desarrollo a tenor de la experiencia y observancia de la intervención educativa que realizan las entidades o empresas que prestan sus servicios para la Comunidad de Madrid, que van más allá de los que contemplen los propios del Centro.

Coincide con la recurrente en que el personal a incorporar, vía mejora, efectivamente no es imprescindible para prestar el servicio, ya que de otra forma, estaría incluido en la plantilla mínima, pero su eventual concurso permite una atención más individualizada y en el caso del puesto de trabajador social, otra perspectiva de intervención con los menores, teniendo en cuenta que los menores residentes en el recurso son mayoritariamente adolescentes, por lo que es un valor añadido a la consecución del objeto del contrato y así se ha justificado en el expediente y que como toda mejora es opcional para el licitador y conlleva coste.

Por último, hace referencia al Informe 5/2018, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en relación con los criterios de adjudicación relacionados con la calidad en los contratos de servicios del Anexo IV de la LCSP.

Dicho informe destaca que en los contratos de servicios del Anexo IV habrán de utilizarse una pluralidad de criterios, en base a la mejor relación calidad-precio, con arreglo a criterios económicos y cualitativos, debiendo los criterios relativos a la calidad representar, al menos el 51 por ciento de la puntuación, *“puesto que la calidad del servicio ha de primar en la adjudicación de este tipo de contratos, frente al precio”* (consideración segunda del informe, último párrafo). Sin embargo, continúa el informe en su siguiente consideración que *“la ley no indica que los criterios basados en la calidad hayan de ser necesariamente criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, puesto que la calidad puede medirse también mediante criterios evaluables de forma automática”* (consideración tercera, primer párrafo).

Por lo tanto, considera que el contrato se ajusta a la normativa aplicable y en cuanto al sistema de determinación de las bajas establecido en el pliego se ajusta igualmente a la LCSP.

Vistas las posiciones de las partes es preciso recordar que, tal y como prescribe el artículo 28 de la LCSP, corresponde al órgano de contratación determinar las necesidades a satisfacer con el contrato, siendo una facultad discrecional del mismo dentro de las limitaciones establecidas en la normativa contractual.

El artículo 145.1. de la LCSP dispone *“La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”*.

Y en el apartado 3.g) la aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

“Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.

En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación”.

En el artículo 145.4 *“En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación assignable en la valoración de las ofertas”* si bien este porcentaje no se refiere necesariamente a criterios sujetos a juicio de valor.

En el presente contrato todos los criterios de adjudicación son objetivos con una puntuación de 49 puntos el criterio precio y 51 puntos otros criterios objetivos.

Examinada por este Tribunal la memoria justificativa de la elección del procedimiento de los criterios de adjudicación consta:

“B. CRITERIOS DE CALIDAD: HASTA 51 PUNTOS.

De acuerdo con el artículo 145.4 de la LCSP, en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter

intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación assignable en la valoración de las ofertas.

Se han establecido, dentro de los criterios de adjudicación, una serie de criterios de calidad, que guardan relación clara, directa y proporcional con el objeto del contrato, es decir, la atención residencial de menores con medida de protección, de guarda o tutela, con edades comprendidas entre 3 a 17 años (hasta el día inmediatamente anterior al cumplimiento de los 18 años).

Así mismo, dado que se trata de la prestación de un servicio social, se establecen criterios para reforzar la plantilla que atiende a los menores, así como para mejorar y actualizar su formación.

Estos criterios redundarán, sin duda, en una mayor calidad en la prestación del servicio y en la propia realización del objeto del contrato, ya que inciden en el desarrollo profesional, en la mejora de la atención de los usuarios y en su integración en nuestra sociedad.

De acuerdo con la Circular por la que se establecen criterios de homogeneización de la actividad contractual de la Comunidad de Madrid de 17 de enero de 2020 y en razón de la naturaleza del contrato se establecen únicamente criterios de calidad evaluables de forma automática mediante fórmulas automáticas, claras y sencillas”.

La pretensión del recurrente de incluir la presentación del proyecto psicoeducativo global como criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor por implicar una mejor calidad en la prestación del servicio es una apreciación subjetiva de la FEDERACIÓN, no existiendo exigencia legal para ello. Como ha expuesto el órgano de contratación existen mecanismos para controlar esa calidad tanto en el momento de la adjudicación, como en la posterior fase de ejecución.

Por otro lado, intenta reconducir el recurrente que el criterio precio es el determinante en esta adjudicación por establecer entre las mejoras la aportación de personal a la plantilla.

En este punto, es preciso recordar que las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador. Las mejoras puede ofertarlas o no el licitador, pero si las incluye en su oferta lógicamente conllevan un coste, pero no solo en el caso del personal, sino que también implican coste las mejoras relativas a la organización de los programas educativos o la realización de acciones formativas.

En cuanto a la configuración de las bajas temerarias en el pliego, es preciso citar el artículo 149.2. de la LCSP:

“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente”.

De lo expuesto en este apartado b), se concluye que, para determinar las ofertas incursas en baja temeraria, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, como es el caso que nos ocupa, no tienen por qué referirse en exclusivamente al criterio precio.

En consecuencia, se desestiman estas pretensiones del recurrente al ajustarse los pliegos a la LCSP.

5.2. Incorrecta determinación del presupuesto base de licitación.

Manifiesta el recurrente que en el cálculo de los costes de personal que figura en el PCAP no ha tenido en cuenta los siguientes aspectos que han de cumplirse en aplicación del IV Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores:

- a) Las condiciones laborales consolidadas, a la fecha, del personal a subrogar:
 - a.1. Coste del complemento de antigüedad.
 - a.2. Los casos en que, se adscriben a un grupo salarial superior.
- b) Las tablas salariales, aprobadas y publicadas; correspondientes al año 2022, 2023, 2024 y 2025, en relación a:
 - Salario base
 - Complemento específico
 - Complemento de antigüedad
 - Retribución y complemento de responsabilidad del/a Director/a.
 - Retribución y complemento de responsabilidad del/a Subdirector/a.
- c) Complemento de nocturnidad en porcentaje correcto sobre las tablas salariales aplicables cada año.
- d) Complemento de festividad en porcentaje correcto sobre las tablas salariales aplicables cada año.

Y ello, sin perjuicio de que, además, para los años 2026 y 2027 en los que cabe la posibilidad de prórroga del contrato, manteniéndose por tanto en ejecución el mismo, aunque sea por esta vía de la prórroga no se ha previsto ningún mínimo porcentaje previsible de subida salarial.

El presupuesto base de licitación que figura en los PCAP no recoge de forma desglosada los costes directos e indirectos y otros gastos eventuales. De la información que se aporta deduce que no se han tenido en cuenta correctamente, ni aplicado las tablas salariales correspondientes a los años 2022 a 2024 del Convenio que necesariamente comportan subidas salariales y que además el cálculo se ha realizado sobre la base de comienzo de ejecución del contrato a 1 de abril de 2022, fecha de imposible cumplimiento, lo que implica un incremento del coste.

A estos efectos aporta unos cálculos del coste de personal, en aplicación de las tablas salariales 2022-2025 y antigüedad devengada por el personal a subrogar/contratar.

Alega que el absentismo real existente en los Centros residenciales de la Comunidad de Madrid se sitúa en los dos últimos en una media del 6,9% que dista del 3% aplicado. Tampoco se ha previsto dotación económica para la sustitución por vacaciones del personal, ni complementos de los días trabajados en festivos, ni el coste de las indemnización que correspondan por despido objetivo del personal.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en el cálculo de los costes de personal sí se han tenido en cuenta las tablas salariales de los períodos 2022-2025 y que el artículo 100 de la LCSP, en ningún caso exige el desglose por años, solamente la desagregación de género y por categoría profesional. No obstante, para una mayor transparencia del procedimiento y con ocasión de la solicitud de información por una eventual licitadora, precisamente, la recurrente, el 18 de mayo de 2022, se publicó en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid la memoria económica del expediente en la que queda patente que en el cálculo de los costes de personal se han tenido en cuenta todos los conceptos retributivos.

En relación con la no inclusión del complemento de antigüedad para el personal de nueva contratación considera el órgano de contratación que no procede porque su

devengo constituye un hecho incierto, sujeto a que el trabajador permanezca un periodo de tres años.

Por otro lado, el hecho de que en el desglose del presupuesto del contrato por anualidades consten los mismos costes para los distintos años, no obedece a que no se hayan tenido en cuenta las subidas salariales preceptivas, como sostiene la recurrente, sino que se han sumado todos los costes, tanto laborales como no laborales para llegar al total del presupuesto base de licitación y ese total se ha distribuido de manera uniforme durante toda la duración del contrato.

Por lo que se refiere al retraso en el inicio de ejecución del contrato, el plazo inicial de 9 meses previsto de ejecución para el año 2022, no se traslada sino que se reduce y en cuanto a la inclusión de un incremento salarial mínimo para los años 2026 y 2027 (Contrato y Prórroga), hay que establecer primero, la naturaleza de lo que es una prórroga en un contrato administrativo y los principios que rigen para la misma, entre ellos, el de la inalterabilidad de las condiciones administrativas, materiales y económicas respecto del último año de ejecución; por tanto, no puede incluirse ningún alza para este período en el precio total del contrato, porque en una prórroga, el contrato ya estará adjudicado por un precio cierto, que será el que rija para todo el período, tanto en ejecución como en prórroga, circunstancia que se refuerza al no admitirse revisión de precios en este contrato.

En cuanto al personal a subrogar cita la doctrina sobre esta cuestión en la que se asienta que el presupuesto de licitación de un contrato no puede estar condicionado por el personal a subrogar.

Por lo que se refiere al plazo de absentismo reconoce que en los dos últimos años, el absentismo laboral ha sido muy alto, pero también es cierto que no es extrapolable a los próximos años.

En cuanto a la sustitución de vacaciones y festivos alega que cada profesional contratado a jornada completa presta servicios durante 1.722 horas anuales de trabajo efectivo (jornada anual según el convenio de aplicación), es decir, se tiene en cuenta el disfrute de vacaciones y otras licencias por parte del trabajador (como el descanso semanal y los días festivos), que no se computan dentro de esas 1.722 horas de trabajo efectivo, y que habrán de ser cubiertas por la entidad empresa adjudicataria con el conjunto de profesionales contratados mediante una adecuada distribución de sus jornadas de trabajo; siendo esto último una cuestión organizativa de la eventual empresa adjudicataria del contrato, cuestión en la que este centro directivo no debería en principio entrar mientras el servicio se cubra con arreglo a lo señalado en los Pliegos. Añade que las únicas categorías profesionales a las que se exige presencia en todos los momentos del año son los educadores sociales y auxiliares técnicos educativos, y no el resto de categorías, como sostiene la recurrente.

Con dichas premisas, este centro directivo discrepa de los cálculos y de los horarios ofrecidos por la entidad recurrente en cuanto a la inclusión dentro de las horas necesarias a cubrir, de las circunstancias de vacaciones, absentismo, festivos y asuntos propios, y ello porque las horas a cubrir son, precisamente, las horas en que debe haber un profesional prestando servicios en el centro, con independencia de que otros profesionales se encuentren de vacaciones, disfrutando de su descanso semanal o de un festivo, o ausente por otros motivos. Las circunstancias mencionadas afectarían, en su caso al número de profesionales necesarios para la cobertura del servicio, no para las horas de servicio en sí mismo.

Abundando en esta idea, indica que la recurrente no ha contemplado la previsión del PPT relativa a que los fines de semana se podrá adecuar el número de personal existente al número de menores presentes, periodo en que es habitual que se produzca un número significativo de salidas de los menores.

En cuanto a la no inclusión del coste de las indemnizaciones por despido de personal, alega su improcedencia en base a la Resolución 156/2018 del TACRC.

Vistas las alegaciones de las partes, en primer lugar, se constata que el PCAP cumple con lo dispuesto en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, desglosando los costes directos, esto es los gastos de personal, y los costes indirectos (seguros de vivienda y responsabilidad civil, reparación y conservación, suministros, gastos derivados de los menores).

Por lo que se refiere al coste del personal a subrogar este Tribunal, como ha manifestado en anteriores Resoluciones baste mencionar la 137/2019, de 11 de abril, viene manteniendo que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar. Ambos conceptos no tienen que ser coincidentes y la prestación puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. El contratista mediante su política de recursos humanos puede incorporar nuevo personal o adscribir a otros servicios el subrogado. No se puede admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP 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. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las

condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que las venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.

A la misma conclusión se lleva sobre los costes de indemnización por despido pues no se pueden tener en cuenta a la hora de calcular el precio, despedir a los trabajadores es una opción del empresario que resulte adjudicatario, que podría no hacerlo y porque en todo caso el coste del despido no tiene relación con el servicio que constituye la prestación objeto del contrato, por lo que no es remuneración del contratista. En este sentido se ha pronunciado el TACRC entre otras, en su Resolución 156/2019 *“este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna”*.

Por lo que se refiere al porcentaje de absentismo que se fija en esta licitación un 3% y el recurrente en su defensa cita la Resolución 10/2021, de 12 de enero, de este Tribunal por la que se reconoce que un porcentaje en torno al 5,3% es una estimación adecuada, dada la situación de pandemia actual, los argumentos caen por su propio peso pues no estamos en la misma situación que hace un año y medio.

En relación con el resto de cuestiones planteadas, el recurrente podía haber solicitado vista del expediente al órgano de contratación para analizar la memoria económica del mismo antes de interponer el recurso. No obstante, ha sido publicada el 18 de mayo.

Revisada dicha memoria económica por este Tribunal se observa que consta diferenciado por años los costes de personal del 2022 al 2026 dónde se reflejan los

incrementos retributivos y en los que se incluyen los complementos de nocturnidad y de festividad.

En definitiva, se constata lo manifestado por el órgano de contratación a cuyas alegaciones nos remitimos a los efectos de no ser reiterativos.

En consecuencia, se desestiman las pretensiones del recurrente pues a juicio de este Tribunal no se aprecia error en el cálculo del presupuesto de licitación.

3.- Incremento de IPC interanual.

Alega el recurrente que el PCAP no incorpora en la partida de gastos generales el desglose detallado del coste estimado, pero evidentemente, el mayor gastos se concentra en las partidas de alimentación a los menores y consumos-suministros de la Residencia.

Indica que según los datos publicado por el INE ,el IPC acumulado interanual (abril-2021-abril 2022) es del 10.01% en alimentos y el 8,3% general por lo que la partida de gastos generales no resulta suficiente por el precitado incremento del IPC. Además el 6% de beneficio industrial es inexistente por quedar absorbido por las cantidades que no han sido incorporadas en la determinación del presupuesto base de licitación.

Oppone el órgano de contratación que si lo que la recurrente pretende afirmar es que ha habido una variación de costes entre el anuncio de licitación y el comienzo de dicho proceso de licitación, hay que señalar que esa es una postura insostenible, teniendo en cuenta que la resolución que dispone la publicación de dicha licitación es de fecha 29 de abril de 2022, es decir, menos de un mes desde que se abre el proceso (y, en cualquier caso, en modo alguno procedería la aplicación de un IPC interanual). Si lo que propone es que los costes calculados en los Pliegos se actualicen, a futuro, a un determinado valor de IPC, ello carece igualmente de sentido, por dos motivos:

1.- Porque no se prevé la revisión de precios del contrato.

2.- Porque la evolución del IPC, a futuro, es un hecho incierto, y aunque cupiese la revisión de precios, habría que tomar el valor procedente en cada momento (que, por cierto, podría ser incluso negativo), y no el que la recurrente proponga, en función de unos criterios que este centro directivo desconoce.

En este sentido, la Resolución del TACRC 1054/2020, de 5 de octubre, en lo relativo a los costes salariales, acoge la alegación del órgano de contratación de no poder exigirse tener en cuenta futuros posibles incrementos de los costes salariales ligados, según convenio, al IPC de años futuros cuyo importe no puede preverse.

Respecto a las alegaciones sobre las partidas de “*otros costes sociales*” y “*beneficio industrial*” se basan en un hipotético error en el cálculo de los costes de persona, error que es inexistente.

Vistas las posiciones de las partes de lo alegado por el recurrente parece desprenderse que lo que pretende es que se actualice el precio del contrato desde el inicio de expediente de contratación cuya Orden se emitió el 24 de mayo de 2021. Dicha pretensión es de todo punto insostenible pues la elaboración de la memoria económica es de 16 de marzo de 2022, cumpliendo debidamente con lo dispuesto en artículo 100.2. de la LCSP “*en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado*”.

Resuelto el fondo del asunto, no procede pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

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 la Federación de Asociaciones del Tercer Sector en el Ámbito de la Protección de la Infancia, Juventud y Familia, y de la Justicia Juvenil (FEPJJ), contra los pliegos del contrato de servicios denominado “gestión de un centro para el acogimiento residencial de menores protegidos atendidos con cargo a la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad (35 plazas)” de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente 033/2021.

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.