

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

En Madrid, a 23 de enero de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por Doña A.A.D., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), Doña B.R.V., en nombre y representación de la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD), Don J.E.G., en nombre y representación de la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) y 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, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En cumplimiento de la resoluciones de este Tribunal 149/2012 y 151/2012, el 11 de diciembre de 2012, la Consejería de Asuntos Sociales acordó *"Retrotraer las actuaciones para 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”.*

El nuevo anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 28 de diciembre de 2012, siendo objeto de corrección de errores el 3 de enero de 2013. Finalizado el plazo de presentación de ofertas el 14 de enero se han recibido ocho proposiciones. El valor estimado del contrato alcanza 42.307.692,30 euros.

**Segundo.-** Según el punto 3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) los precios unitarios que deberán ofertarse no podrán superar los importes siguientes para el siguiente horario: lunes a viernes entre las 7,00 horas y las 22,00 horas y sábado entre las 7,00 y las 15,00 horas:

Base imponible: 14 euros

IVA (4%): 0,56 euros

Importe total (IVA incluido): 14,56 euros.

**Tercero.-** El 11 de enero de 2013 las asociaciones ahora recurrentes presentaron ante la Consejería de Asuntos Sociales anuncio previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El mismo día tuvo entrada en el Tribunal escrito de recurso en relación con el PCAP y Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) que han de regir el contrato. En particular, se impugna la cuantía del presupuesto base de licitación, la falta de referencia a la subrogación de trabajadores y la imposibilidad de valoración de los costes organizativos, ante la ausencia de mención en el PCT del número de usuarios.

Por la Secretaría del Tribunal se requirió la subsanación del escrito de recurso y presenten el documento que acredite, respecto del firmante del recurso en nombre de ASEMAD, 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 16 de enero de 2013, 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 17 de enero con el informe a que se refiere el artículo 46.2 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.

**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 dentro del citado plazo 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 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*, superando interpretaciones restrictivas que impidan el examen de las cuestiones de fondo por cuestiones meramente formales.

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 acudir 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.

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”*. En fase de subsanación del recurso se 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. Dicho acuerdo fue adoptado para la interposición de recurso a los pliegos que fueron aprobados inicialmente para el mismo objeto contractual, que fueron recurridos y resuelto, estimándolo parcialmente, por este Tribunal en la Resolución 149/2012. Es un acuerdo anterior a la publicación de la nueva licitación consecuencia de aquella resolución y no consta la decisión de la Junta Directiva autorizando la interposición del recurso contra los pliegos modificados.

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. D. Jose Alberto Echevarría, 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, habiéndose adjuntado al recurso el acuerdo manifestando dotar de los poderes necesarios y suficientes al Presidente para interponer en nombre de la misma y ante cualquier organismo o tribunal cualquier clase de recurso, demanda o requerimiento.

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 Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio, sin perjuicio de que la resolución del recurso le 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 3 de enero de 2013 e interpuesto el recurso ante este Tribunal el día 11, 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 PCAP y el PCT 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.-** Son tres los motivos en que se fundamenta el recurso: la cuantía del presupuesto base de licitación, la falta de referencia a la subrogación de trabajadores y la imposibilidad de valoración de los costes organizativos, ante la ausencia de mención en el PCT del número de usuarios. Los dos primeros fueron también el fundamento del recurso 150/2012, formulado por las mismas recurrentes el 20 de noviembre de 2012, examinado por este Tribunal y resuelto estimándolo parcialmente en la Resolución 149/2012. Como consecuencia el contenido de los pliegos fue modificado, entre otros aspectos, incluyendo un nuevo precio/hora del auxiliar de ayuda a domicilio sin diferenciar si se trata de servicios relacionados con la atención personal o con la atención a las necesidades domésticas o del hogar.

Por tanto, debe plantearse, en primer lugar, si se produce el efecto de cosa juzgada respecto de los motivos alegados, invocado expresamente por el órgano de contratación en su informe al recurso y que conduciría a la inadmisión del mismo.

El instituto de la cosa juzgada trata de evitar que cuestiones y pretensiones resueltas en anteriores recursos puedan plantearse de nuevo en recursos posteriores siempre que entre ellas exista identidad sustancial.

Debe considerarse con carácter previo si el efecto de cosa juzgada es de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *“que entra a resolver el fondo de la controversia, estima o desestima las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión”*.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2011 (JUR/2011/307699) señala que el efecto de cosa juzgada material se produce cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución en él recaída. Y la misma sentencia señala que *“la cosa juzgada material produce una doble vinculación. De una parte, negativo o excluyendo, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de este coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en la sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su “thema decidendi” cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida”*.

Como pretensión, la recurrente reitera la falta de referencia a la subrogación de personal que ya fue examinado y resuelto por este Tribunal en la citada Resolución 149/2012, existiendo identidad en los elementos objetivos y subjetivos, por lo que en la presente Resolución no se tendrán en cuenta las alegaciones referentes a tales aspectos pues la Resolución dictada, de acuerdo con el artículo 49 del TRLCSP causa estado en la vía administrativa. No obstante, respecto de la cuantía del presupuesto base de licitación, que también fue examinada en la citada Resolución, no existe tal identidad, pues, como se ha señalado, el precio/hora del servicio del ayudante de servicio a domicilio ha sido modificado respecto del que figuraba en los pliegos examinados para la resolución del anterior recurso, por lo que, en este caso, procede entrar a conocer del asunto.

Respecto de la tercera cuestión, la ausencia de mención en el PCT al número de usuarios del servicio, el asunto fue analizado en otra Resolución, la 151/2012, dictada en el recurso 152/2012, interpuesto por la Asociación Estatal de Entidades

de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE), que no figura entre las ahora recurrentes, por lo que no se da la identidad subjetiva necesaria para la consideración de cosa juzgada. Sin embargo se trata de una cuestión derivada del mismo expediente de contratación que no ha sufrido, en este punto, modificación respecto de lo inicialmente en él contenido. Se trata, por tanto, de una cuestión que pudo ser examinada y alegada como pretensión en el recurso anteriormente formulado, y no habiéndolo hecho hay que considerar que fue consentido y no cabe en momentos sucesivos del procedimiento, abrir nuevo plazo para invocar de forma sucesiva cuestiones que fueron consentidas, pues sería extemporáneo y únicamente cabe admitir recurso sobre cuestiones que afecten a la continuación del procedimiento o aquellos aspectos que fueron modificados como consecuencia de la resolución. En realidad no se trata sino del enjuiciamiento de los términos en que se ha llevado a ejecución la anterior Resolución del Tribunal. No obstante, en cuanto al fondo de la pretensión solo cabe remitirse al contenido de la Resolución 151/2012, de 5 de diciembre.

**Sexto.-** Se impugna por las recurrentes el punto 3 del anexo I del PCAP, correspondiente al presupuesto base de licitación y crédito. Señalan 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.

Se alega que si bien se han suprimido, respecto del anterior Pliego que fue objeto de recurso y estimación parcial por este Tribunal, la diferencia de precios entre las horas dedicadas a la atención personal y las horas de atención doméstica, ahora se fija un precio común de 14,56 euros/hora que se considera insuficiente para cubrir el coste real de la hora de un auxiliar de ayuda a domicilio según el convenio de aplicación que las recurrentes consideran que es el Convenio Colectivo del Sector de Ayuda a Domicilio, suscrito por ASEMAD, CCOO y UGT, publicado en

el BOCM de 1 de noviembre de 2011. De la aplicación de dicho convenio, según las recurrentes el coste de un auxiliar domiciliario en jornada completa para 2013 quedaría fijado en unos 19.854,96 euros anuales por todos los conceptos, (actualizaciones e incremento adicional que pudiera producirse incluidos), lo que, dividido entre las horas de trabajo efectivas que considera serían de aproximadamente 1.400,30 horas resultaría un precio/hora de unos 14,18 euros al que una vez aplicado el IVA resultaría 14,74 euros, cantidad que ya supera el precio que figura en los Pliegos ahora impugnados, a la que además habría que sumar costes tales como costes generales, costes de repercusión de mano de obra indirecta (coordinación, ayudantes de coordinación y responsables), etc.

Como complemento a los argumentos expuestos aporta el proyecto de explotación del contrato de “servicio de ayuda a domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario” convocado por el Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid en el que se estima un coste hora del personal de 15,08 euros, a los que habría de añadirse los costes generales y de explotación.

*El informe del órgano de contratación señala que “sería erróneo y de todo punto contrario a los valores que inspiran la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, interpretar que, aquellos precios de licitación tomados como referencia por una Administración pública puedan vulnerar la libre competencia de las empresas y los principios de concurrencia e igualdad, por el simple hecho de que no sean incrementalistas con respecto a licitaciones anteriores, cuando lo que tal argumento enmascara es que tales precios pudieran no colmar, suficientemente, las aspiraciones desiderativas de aquellas empresas que, por su anterior experiencia, posición de relativo dominio en un sector o cualesquiera otras razones, pudieran estimar que la licitación ha de desarrollarse dentro de los parámetros económicos que ellas considerarían óptimos, lo cual, por otra parte, no hace sino poner en evidencia que, posiblemente, la conducta de tales empresas pudiera estar veladamente persiguiendo la fijación, de manera indirecta, de los precios de tales servicios en el mercado, falseando con ello la competencia, lo que devendría en una*

*práctica de naturaleza colusoria*". Argumenta que el mercado lejos de ser un elemento estable y garantizador de posibles posiciones consolidadas constituye una estructura dinámica de intercambio de bienes y servicios precisando de una tendencia adaptativa a una situación como la actual coyuntura económica en la que, tanto el sector privado como el público, se han visto compelidos a hacer necesarios reajustes en su estructura de costes.

Considera el informe del órgano de contratación que el concepto "precio general del mercado" utilizado en el artículo 87.1 del TRLCSP es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración como por el común de los empresarios acudiendo a la máxima de experiencias compartidas por el común de la población. Añade que *"la Consejería de Asuntos Sociales, a la vista de las consideraciones precedentes, tras una prudente consideración de los diferentes elementos económicos que componen e integran el mercado de servicios de atención a la dependencia, a la vista de la interacción de sus actores, teniendo como una referencia más, aunque de inestimable valor, la composición de costes salariales derivada de la concertación laboral, y valorando que en las actuaciones de este procedimiento, previas a la estimación parcial del recurso interpuesto en el mismo, obtuvo la postulación de dos empresas, ha determinado, como ya se ha dicho, a la luz de máximas de experiencia comúnmente admitidas por el conjunto de los actores implicados en el ámbito de estos servicios, que el precio de referencia incluido en los nuevos pliegos se corresponde con los generales del mercado, buscando, en todo caso, promover la óptima atención del interés general a la vez que rehúsa acudir al recurso fácil consistente en la mera fijación incrementalista de precios que hubieran sido objeto de posibles licitaciones anteriores en un escenario macroeconómico muy distinto del actual"*.

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”.*

El artículo 87 del TRLCSP establece las pautas para determinar el precio del contrato, que deberá atender al precio general del mercado imponiendo al órgano de contratación que sea adecuado para el efectivo cumplimiento de aquel, mediante la correcta estimación de su importe. Tiene razón el órgano de contratación cuando afirma que el precio del contrato no ha de ser incrementalista respecto de posibles licitaciones anteriores. El precio ha de ajustarse a la realidad del mercado en cada momento, teniendo en cuenta los componentes de la prestación en el escenario económico y legal en que se desarrolla. La estimación del importe deberá ser adecuado para que los posibles licitadores, en un mercado de libre competencia, puedan cumplir el contrato y esta evaluación del importe producirá en algunos casos un incremento y en otros una minoración con referencia al precio de otras licitaciones. Será en cada una de las licitaciones donde se ha de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, pero en todo caso ha de realizarse la labor de su cuantificación. En este supuesto pocos datos aporta el órgano de contratación para determinar cómo ha concretado el precio/ hora del contrato en 14 euros, ni los cálculos realizados para su estimación.

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 y lo reiteró en la 149/2012, precedente de esta.

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, este coste será el concepto básico desde el punto de vista económico del contrato.

**Séptimo.-** 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 y 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.

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 citado convenio colectivo, como ya hemos 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, sin perjuicio, como se indicó en la Resolución 149/2012, 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.

Tal como se indicó en la Resolución 149/2012 *“En el Convenio colectivo de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid 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.”*

Consta en el expediente de contratación un informe justificativo del nuevo precio del contrato en el que se afirma que el coste de referencia del servicio se fija en 14 euros por hora más IVA. Afirma que el precio unitario se ha determinado tomando como referencia los precios actualmente existentes en el mercado para este tipo de servicios considerando máximas de experiencia común y pluralmente admitidas por el conjunto de la sociedad que fueron recogidas en el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, hecho público mediante Resolución de 13 de julio de 2012. Asimismo, en la referida determinación del precio de mercado han sido oportunamente valorados como elemento informador, las tablas salariales provenientes de la concertación laboral colectiva en el sector, habida cuenta que el contrato tiene un componente insoslayable de necesidad efectiva de dedicarle un importante esfuerzo en intensidad de recursos humanos.

Así mismo el 18 de enero la Directora General de Coordinación de la Dependencia ha remitido un escrito al que adjunta el acta del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid en el que se recoge el acuerdo, con avenencia, recaído en el procedimiento de conciliación y mediación PCM-153/2010, fechado el 17 de marzo de 2010, en el que fueron partes las centrales sindicales UGT, CCOO y la patronal ASEMAD, una de las firmantes del recurso. En el acta figuran de manera expresa los siguientes acuerdos, en cuanto interesa a lo aquí debatido:

- “2. Que se ha comprobado la existencia de un error aritmético en el cálculo del valor de la hora ordinaria establecido en la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo fijada en el Acta Paritaria del Convenio de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid, de fecha de 12.12.08, para el precio/hora correspondiente al año 2009.*
- 3. Que comprobado el referido error, se procede a su corrección en la cuantía establecida, quedando por tanto la misma en 8.22 € brutos por hora sin contar la antigüedad, para la categoría de auxiliar del servicio de ayuda a domicilio.*
- 4. Que la cantidad referida se obtiene llevando a cabo las siguientes operaciones de cálculo, correspondientes al ejercicio de 2.009.*

5. *Para el año 2009 la jornada semanal pactada en el Convenio de aplicación asciende a 36 horas semanales.*
6. *Dicha jornada semanal, al dividirse entre 5 días hábiles de efectiva prestación de servicios, alcanza las 7.2 horas diarias, (7 horas y 12 minutos).*
7. *Llevando a cabo la sustracción del montante total de 365 días del año, del cual se restan los días de vacaciones, festivos y fines de semana, se alcanza el montante de 228 días hábiles en el 2009.*
8. *De la multiplicación de esos 228 días hábiles por 7.2 horas diarias, se alcanza el total de 1641 horas anuales de jornada”.*

El citado acto de conciliación trae causa de la demanda por conflicto colectivo planteado ante el Juzgado de lo Social en relación al Convenio Colectivo de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid entonces vigente. Habiéndose acordado un nuevo convenio el 27 de mayo de 2011, publicado en el BOCM de 1 de noviembre de 2011, vigente desde el 1 de enero de 2010, al 31 de diciembre de 2011, tácitamente prorrogable, se comprueba que en este último la jornada semanal se mantiene en 36 horas, por lo que cabe concluir con la misma argumentación que la jornada supone las mismas 1.641 horas anuales.

Por tanto, si dividimos el coste de un auxiliar domiciliario en jornada completa, que según las recurrentes quedaría fijado para 2013, en unos 19.854,96 euros anuales, entre las 1.641 horas de jornada anual efectiva que legalmente le corresponde ejecutar por convenio, el precio del coste/hora de un auxiliar a domicilio sería de 10,10 euros sin IVA y de 10,58 euros con el IVA incluido. Adicionando otros gastos adicionales como los gastos generales o el beneficio esperado, que influyen en la determinación del precio, cuyos importes no están determinados por un porcentaje o cuantía fija, sino que dependen, unos de la organización del servicio, y otros de las aspiraciones de los licitadores, cabe admitir que las licitadoras cuentan con margen que les permita formular oferta y así se ha constatado con la presentación de ocho ofertas a la licitación.

Cabe concluir, que una vez unificado el precio del contrato, sin diferenciar el precio según las tareas a desarrollar por el auxiliar de ayuda a domicilio, no se puede afirmar que el nuevo precio sea inadecuado para el cumplimiento del contrato.

**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.-** Inadmitir el recurso formulado en nombre la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD).

**Segundo.-** Desestimar el recurso especial, interpuesto por Doña A.A.D., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), Doña B.R.V., en nombre y representación de la Asociación Empresarial Madrileña de Ayuda a Domicilio (ASEMAD), Don J.E.G., en nombre y representación de la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) y 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.

**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.-** Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 16 de enero de 2013.

**Quinto.-** 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.