

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

En Madrid, a 17 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.A.C., en representación de la Asociación Centro Trama, contra la Resolución del Director-Gerente del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor, de 13 de febrero de 2015, por la que se adjudica el “Servicio de Atención Auxiliar al menor en las residencias infantiles del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de octubre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, Resolución de 17 de octubre de 2014, del Director-Gerente del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor, por la que se hace pública la convocatoria por procedimiento abierto, mediante criterio precio, para la adjudicación del “Servicio de Atención Auxiliar al menor en las residencias infantiles del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor”. El valor estimado asciende a 1.537.818,48 euros.

Segundo.- Con fecha 17 de noviembre de 2014, se notifica a la Asociación Centro Trama propuesta de adjudicación, requiriendo que en el plazo de diez días hábiles se aporten los documentos a que se refiere el artículo 151 del TRLCSP.

Entre la documentación requerida se encontraba expresamente la documentación acreditativa de la efectiva disposición de los medios personales que se había comprometido a adscribir a la ejecución del contrato (trabajadores de las categorías profesionales de cocinero, auxiliar de servicios generales y auxiliar técnico educativo), mediante la presentación de una declaración responsable, firmada por su representante legal, del personal adscrito a la ejecución del contrato, con la identificación de cada uno de los trabajadores, así como del responsable-coordinador del servicio, y la aportación del carnet de manipulador de alimentos del personal que ostentará la condición de cocinero y de los auxiliares de asuntos generales si procediera, y la acreditación de la experiencia del responsable-coordinador, en labores de coordinación de servicios de similares características al objeto del contrato.

El 1 de diciembre de 2014 se notifica a la Asociación Centro Trama que con relación a la documentación presentada, se le requiere nuevamente para que el plazo de tres días hábiles se remita: *“Declaración responsable, firmada por el representante legal de la entidad, del personal técnico adscrito a la ejecución del contrato, identificando a la Responsable-Coordinadora del servicio, Cocineros, Auxiliares de Servicios Generales y Auxiliares Técnicos Educativos, según lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato.”*

Con fecha 30 de diciembre de 2014, se notifica la adjudicación del contrato a la Fundación Grupo Norte en la cual consta que *“de conformidad con lo que establecen los artículos 138 y 151 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se requirió por el órgano de contratación del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor a la Asociación Centro Trama la presentación de la documentación*

establecida en el apartado 2 del artículo 151 del mencionado texto legal, una vez formulada propuesta de adjudicación por la Mesa de contratación a favor del indicado licitador, con fecha 17 de noviembre de 2014. No habiendo sido aportada la documentación adecuadamente, en relación a la adscripción de los medios personales para llevar a cabo la ejecución del contrato, se entiende que el licitador ha retirado su oferta, y se ha procedido a recabar la misma documentación al licitador siguiente, Fundación Grupo Norte, de conformidad con el orden en que hayan sido clasificadas la ofertas (Asociación Centro Trama: precio/hora, 10,52 euros IVA excluido; Fundación Grupo Norte: precio/hora 10,68 euros, IVA excluido”.

Tercero.- El 19 de enero de 2015 la Asociación Centro Trama interpuso recurso especial en materia de contratación fundamentando el mismo en la falta de motivación, o motivación insuficiente, de la Resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato, y en que la entidad presentó en plazo la relación del personal a adscribir a la ejecución del contrato.

Dicho recurso fue estimado parcialmente mediante Resolución 23/2015, de 4 de febrero, en la que se declaraba la nulidad de la notificación de adjudicación por falta de motivación generadora de indefensión, debiendo practicarse de forma motivada y se reabría el plazo de interposición de recurso especial en materia de contratación. Como consecuencia se procedió a nueva notificación el 13 de febrero.

Cuarto.- No estando conforme con la nueva notificación, la Asociación Centro Trama formuló nuevo recurso el 27 de febrero, el cual fue remitido, con una copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) el 5 de marzo.

Quinto.- El 6 de marzo de 2015, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Fundación Grupo Norte, que se opone al recurso formulado alegando que la Asociación Centro Trama no aportó la documentación requerida y por tanto la propuesta de adjudicación a su favor no se concretó y procedió la adjudicación al siguiente licitador. Seguidamente mantiene la insuficiencia de la relación de personal a adscribir a la ejecución del contrato pues se pretende justificar la adscripción de medios personales por medio de ampliaciones de jornadas de los trabajadores actualmente adscritos al contrato y no al nuevo, que establece otras variables diferentes al del actual, es decir, se pretende que las ampliaciones se cubran por personal que tiene la condición de auxiliar de servicios generales, cuando en los pliegos se especifica que ha de llevarse a cabo con personal especializado en función de las necesidades de cada centro. Señala que se produce un incremento de 18.992,5 horas anuales y una reorganización de las que tenía el servicio de forma que se reducen las de auxiliar de servicios generales en 12.000 horas y se aumentan las de cocineros en 13.864 y ayudantes técnicos educativos hasta 15.604 horas, además de la bolsa de 2.272 horas, pretendiendo especializar el servicio para adaptarlo a las necesidades reales de atención de cada Residencia, siendo preciso incorporar nuevos profesionales de las categorías que se incrementan en el contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- La Asociación Centro Trama está legitimada para la interposición del presente recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”, en este caso la decisión de considerar que ha retirado su oferta.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, de cuantía superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución de adjudicación fue adoptada el 13 de febrero de 2015 e interpuesto el recurso ante el órgano de contratación el 27 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Fundación Grupo Norte opone la extemporaneidad del recurso argumentando que se interpone contra la resolución de 5 de febrero de 2015 y habiendo sido presentado éste el 27 ha sobrepasado el plazo legal de 15 días hábiles. No se puede tener en cuenta la alegación dado que como bien conoce la Fundación, pues así consta en el expediente y así le fue notificado a ella misma como adjudicataria, la resolución de 5 de febrero, en cumplimiento de lo acordado por este Tribunal, resuelve retrotraer las actuaciones y dejar sin efecto la anterior resolución de adjudicación de 19 de diciembre. La nueva resolución, la que es objeto de recurso se dictó el 13 de febrero y se notificó el mismo día.

Se opone por el órgano de contratación en su informe al recurso que no se ha dado cumplimiento a la obligación de anuncio previo, puesto que se realizó el mismo

día en que recibió la comunicación y el plazo se computa desde el siguiente a la remisión de la notificación. También considera que se produce mala fe en la interposición del recurso que se utiliza como técnica dilatoria al ser la recurrente el actual adjudicatario del servicio.

El artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que *“Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso”*. El apartado 2 del citado artículo establece *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

La Asociación Centro Trama anunció la interposición del recurso el 13 de febrero de 2015, en la misma fecha en la que se notificó el acto impugnado, considerando por ello, el órgano de contratación, que el anuncio de interposición se realizó fuera del plazo establecido en artículo 44.2 del TRLCSP arriba transcrito.

Este Tribunal viene considerando en sus resoluciones que como la finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que contra su actuación se va a interponer el pertinente recurso y prepare la documentación e informe y, en su caso, evite la formalización, lo anterior ya se verifica al haberse interpuesto el recurso directamente ante el órgano de contratación, siendo en consecuencia, el conocimiento de la impugnación del acto de que se trate, por parte de éste inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe. Cuando no se ha efectuado el anuncio previo, por economía procesal, carecería de eficacia que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio después de que el órgano de contratación haya procedido a la

remisión del expediente, cuando el recurso, expediente y el informe ya han sido remitidos y por ende conoce perfectamente de su interposición. Estas consideraciones son aplicables a este supuesto donde sí se ha procedido a dar cumplimiento a dicho requisito en respuesta inmediata a la notificación de adjudicación que acordó este Tribunal debía realizarse. Si bien el cómputo del plazo de 15 días, efectivamente, se cuenta a partir del día siguiente al de remitir la notificación, nada impide que, como en este caso, sabiendo que el contenido de la misma sería el de tener por retirada su oferta por no acreditar la disponibilidad de los medios personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, si bien esta vez de forma motivada, estuviera preparado dicho anuncio y se presentara de forma inmediata. Entre el momento de la notificación y el día 1º del plazo de presentación del recurso ha transcurrido 1 día, luego el siguiente a la remisión de la notificación es el primer día de plazo, pero eso no significa que los recursos deban presentarse a partir de ese día, sino solo que ese es el primero, quedando el de la remisión excluido del cómputo, pero sin que ello signifique que entre la notificación y el día primero no sea posible presentar el anuncio o incluso el recurso.

Si la presentación del recurso se hizo el penúltimo día del plazo, habiendo hecho el anuncio de forma inmediata a la notificación, ello no debe significar necesariamente mala fe o técnica dilatoria para continuar en la prestación del servicio, pues si, como hemos dicho, era previsible la notificación en el sentido señalado no lo era en cuanto a su motivación, y la disconformidad con la misma requiere de una argumentación que no podía estar preparada, sino que precisa su elaboración y desarrollo.

Quinto.- La recurrente alega que el órgano de contratación varía la causa para no adjudicarle el contrato porque si bien la primera resolución determina que la Asociación Centro Trama no ha presentado la documentación de forma adecuada, la segunda resolución, emitida sobre el mismo expediente, y a requerimiento del Tribunal, argumenta que no ha acreditado que dispone efectivamente de los medios personales que se había comprometido a adscribir a la ejecución del contrato y por

ello, considera que Centro Trama ha retirado la oferta presentada. Señala que “*se innova la razón por la que se rechaza la oferta, provocando así indefensión a esta parte*”. “*Asimismo, las modificaciones arbitrarias en la causa de exclusión practicadas por la Mesa de Contratación generan incertidumbre e inseguridad jurídica a esta parte*”.

Si la recurrente mantuvo en su anterior recurso, y así concedió el Tribunal, que no conocía la causa de su exclusión, no puede mantener ahora que se trata de una motivación diferente, pues la nueva notificación es la única donde se hacen constar los motivos y no hay otra con la que pueda comparar la diferencia de contenido. Conforme a lo que se dispone en el artículo 151.2 del TRLCSP se notifica la misma causa si bien en la segunda resolución se hace de forma detallada para dar cumplimiento a la resolución 3/2015, de 4 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública. Por tanto, procede la desestimación del recurso por este motivo.

Sexto.- La notificación de adjudicación remitida el 13 de febrero motiva la exclusión de la recurrente de la siguiente manera: “*La Asociación Centro Trama oferta solamente dos categorías profesionales (cocineros 17.038,20 horas y auxiliares de servicios generales 27.223,00 horas) y propone que trabajadores de las categorías ofertadas realicen 3.279,80 horas de auxiliares técnicos educativos.*”

La Asociación Centro Trama oferta un número de horas inferior (14.909,50 horas) al exigido en los pliegos dado que conforme al apartado 5 del pliego de Prescripciones Técnicas se deben prestar como mínimo las siguientes horas:

Cocinero/a: se exigen 19.363,16 horas y la Asociación oferta 17.038,20 horas.

Auxiliar de Servicios Generales: se exigen 27.483,84 y la Asociación oferta 27.223,00 horas.

Auxiliar Técnico Educativo: se exigen 15.604,00 horas y la Asociación oferta 3.279,80 horas destacándose que se observa que hay trabajadores que realizan las funciones de las tres categorías en la mayoría de los casos”.

En el PPT se señala el cómputo global de las horas que se tienen que realizar en cada una de las Residencias, desglosando el número de horas asignado a cada una de las funciones, y el aumento de horas y residencias que hay entre, las que se venían prestando en el año 2014 y las que se ejecutarán en el año 2015.

Según la recurrente la plantilla presentada para dar cobertura al número de horas del contrato cuenta con un total de 32 trabajadores que prestan servicio actualmente y son objeto de subrogación, y de 11 trabajadores más que incorpora al servicio para poder cumplir el incremento de horas respecto del contrato vigente. Argumenta que el Convenio Colectivo permite una jornada anual de 1.771 horas. La Asociación presentó la declaración responsable con el nombre de 43 trabajadores encargados de la ejecución del servicio, con una jornada laboral anual de 1.771 horas por técnico, resultando un total de 76.153 horas que la Entidad pone a disposición del servicio. Si el servicio requiere 64.723 horas existe una diferencia de horas a favor de la Administración de 11.430 horas de diferencia en cómputo de jornadas laborales.

Alega la recurrente que de conformidad con el Anexo I del Convenio Colectivo de referencia, la categoría de Auxiliar de Servicios Generales será competente para realizar funciones de cocina y comedor, limpieza, costura, lavado, plancha y apoyo doméstico. Incluye una explicación de cada una de las residencias donde justifica que incrementando la jornada laboral que realiza cada uno de los empleados de la categoría de auxiliar de servicios generales hasta las 1.771 horas de jornada anual máxima, sería posible cubrir la diferencia de horas exigida en el PPT. Además se incorpora nuevo personal para las residencias que no formaban parte del contrato o en los casos de insuficiencia con la ampliación de la jornada de los actuales contratados.

Como réplica a lo expuesto en la notificación de adjudicación de que no se cubre el número de horas según las distintas categorías profesionales, alega que los trabajadores han desarrollado las tres funciones, cocinero, auxiliar de servicios

generales y auxiliar técnico educativo, al amparo del propio Convenio Colectivo, bajo la categoría de empleado de servicios generales, y se señaló en la contestación al segundo requerimiento, de fecha 4 de diciembre de 2014, que se relacionaba a los trabajadores con las horas destinadas para cada una de las funciones como se venían realizando en el año 2014, toda vez que no se especifica en ningún punto de los pliegos de condiciones, en qué franja horaria o turno de la semana se realizan las ampliaciones. Al efecto incorpora unos cuadros donde justifica que por cada categoría profesional con una jornada máxima de 1.771 horas anuales puede cumplir el número total de horas necesario en cada una de ellas.

Tal como consta en el expediente el 28 de noviembre de 2014, se procedió al examen de lo aportado por la Asociación Centro Trama para acreditar la disponibilidad de los medios personales que se compromete a adscribir al contrato y se apreciaba que a pesar de que presentaba una relación del personal, en la que figuraban las categorías profesionales de cocinero y auxiliar de servicios generales, no se incluía personal de la categoría de auxiliar técnico educativo, ni tampoco se determinaba el número de horas a realizar, en cómputo anual, por cada uno los trabajadores que se adscribían a la ejecución del contrato. Asimismo en cuanto a la coordinadora, se observó que la entidad que certificaba los servicios prestados por la misma, no se correspondía con la que figuraba en los contratos laborales aportados, y que éstos no estaban debidamente registrados.

Este dato del número de horas en cómputo anual es preciso para poder comprobar por la Administración, que se adscribe personal suficiente para llevar a cabo el número de horas, de cada categoría, exigidas en el PPT que rige el contrato y que son un coordinador a jornada completa; 19.363,16 horas, de categoría de cocinero, 27.483,34 horas de auxiliar de servicios generales, 15.604 horas de auxiliar técnico educativo y 2.272,50 horas como “bolsa de horas”.

Por ello se requirió el 1 de diciembre de 2014 a la Asociación recurrente para que completase la documentación aportada y aclarase ciertos extremos. A este

requerimiento se contestó el 4 de diciembre. De la nueva documentación aportada se observa que en la relación solamente se incluye personal que ostenta las categorías de cocinero y auxiliar de servicios generales, y que éstos presentan un desglose de horas que se corresponden con las tres categorías de personal exigidos en el PPT, es decir, la Asociación Centro Trama incluye en la relación, personal de la categoría de auxiliar de servicios generales que va a realizar el trabajo correspondiente a las tres categorías profesionales que se requieren para llevar a cabo este servicio. Asimismo, se comprueba que el número de horas de servicio de las tres categorías que se proponen no se corresponden con las exigidas en el PPT, proponiendo, por otra parte, una nueva coordinadora del servicio.

Ahora bien, no es suficiente justificar que en cada residencia se van a cumplir el número de horas establecido en el PPT sino también el reparto en las categorías exigidas y en la relación aportada se pretenden cubrir todas las categorías con auxiliares de servicios generales, por tanto no se justifica el desglose de horas por cada categoría profesional. Tampoco es válido justificar que cada categoría profesional puede realizar, cumpliendo la jornada máxima anual, en número de horas total con el incremento, pues no se acredita cómo se van a cumplir en cada una de las residencias. Es decir, si se va a incrementar la jornada del cocinero que trabaja en la residencia A, en x número de horas, no se justifica que ese incremento se reparta en la residencias B y/o C.

El nuevo pliego obliga a disponer de un equipo multidisciplinar superior al subrogado formado por los perfiles profesionales de cocineros y ayudantes técnicos educativos que se especifica en cada residencia, siendo imposible completar las jornadas parciales existentes porque la prestación de los servicios se concentra en las mismas franjas horarias, los cocineros entorno al horario de los servicios de desayuno, comida y cena, los ayudantes técnicos educativos en los horarios de acompañamiento a centros escolares, centros sanitarios, apoyo escolar, acompañamiento en hospitalización o en la propia residencia y también porque deben tener un nivel diferente al de los auxiliares de servicios generales.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la Asociación Centro Trama no identificó de forma clara y precisa a la totalidad del personal que se adscribe a la ejecución del contrato de acuerdo con lo estipulado en el PCAP, momento procedimental en el que procede adscribirlo, de acuerdo con lo dispuesto en el 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, *“disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2 ...”*. En consecuencia, no habiendo acreditado adecuadamente la disponibilidad de los medios personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, procede desestimar el recurso.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don J.A.C., en representación de la Asociación Centro Trama, contra la Resolución del Director-Gerente del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor, de fecha 13 de febrero de 2015, por la que se adjudica el “Servicio de Atención Auxiliar al menor en las residencias infantiles del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor”.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación cuyo

mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 6 de marzo.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.