

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

En Madrid, a 3 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Doña S.M.I., en nombre y representación de la Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés (FAD) contra la adjudicación del contrato "Servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés", número de expediente: 61/2012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de enero de 2013 se publicó en el BOE, la convocatoria pública para la adjudicación del contrato de "Servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés", a adjudicar con pluralidad de criterios, y con un valor estimado de 3.486.074,40 euros.

En el punto 2.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), se recoge el personal mínimo adscribir a la prestación objeto del contrato, en concreto: 1 Director jornada completa, 1 Psicólogo jornada completa, 1 Preparador laboral jornada

completa, 1 Trabajador social media jornada, 3 Maestros de taller jornada completa, 2 Técnicos asistenciales jornada completa, 1 Cuidador jornada completa, 1 auxiliar administrativo jornada completa, 1 limpiador media jornada.

Así mismo en dicha cláusula se recoge la obligación de subrogar a los trabajadores que vinieran prestando el servicio, incluyéndose un anexo I en que consta la información de las condiciones de trabajo de los mismos, y en el que se indica que son 12 las personas a subrogar, excediendo en una persona el mínimo del personal a adscribir al servicio, en concreto 1 cuidadora a jornada completa.

Por otro lado el punto 8.A del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece como criterio de valoración automática al que asigna 10 puntos, el de ampliación de la plantilla de personal de atención directa (trabajador social, psicólogo, educador, maestro cuidador) atribuyendo 1 punto por cada media jornada contratada de cada uno de los profesionales hasta un máximo de 10 puntos.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron dos licitadoras, la recurrente, y la fundación AMAS Social.

Una vez examinada la documentación administrativa, se remitió la documentación presentada por las licitadoras correspondientes a los criterios susceptibles de juicio de valor para su informe por los servicios técnicos municipales, emitiéndose el correspondiente informe técnico por el Comité Técnico evaluador el día 8 de marzo, que puntúa ambas ofertas técnicas con 34 puntos.

Con fecha 3 de abril de 2013 se emite informe sobre los criterios valorables de forma objetiva por el Área de Discapacidad del Ayuntamiento, que asigna a la recurrente 49 puntos y AMAS Social 57 puntos. Debe destacarse en relación con el objeto del presente recurso que ambas licitadoras obtienen la misma puntuación en relación con el criterio de ampliación de la plantilla, 4 puntos, constando que ambas ofrecen dos jornadas completas de trabajo.

En sesión del día 11 de abril de 2013, la Mesa de contratación acuerda elevar propuesta de adjudicación al órgano de contratación a favor de la entidad AMAS Social por importe de 484.144 euros anuales.

Tercero.- Ante dicha propuesta la recurrente el día 16 de abril solicita una revisión y comprobación de la valoración efectuada, por las dudas que afirma, le suscita la misma. En respuesta a dicha solicitud se emite un informe por el Área de Discapacidad en el que se señala que se han detectado errores en la valoración. En concreto se propone una nueva valoración del criterio “ampliación de la plantilla”, considerando que sobre la base obligatoria de un mínimo de 12 empleados para un centro con 57 usuarios, la recurrente presenta como mejora a ese personal mínimo dos maestros de taller a jornada completa por lo que obtiene 4 puntos, mientras que la fundación AMAS Social presenta un cuidador a jornada completa y un educador a media jornada por lo que se le valora con 3,5 puntos (0,5 menos), no alterándose por tanto la propuesta de adjudicación a favor de esta última, que se verifica por la Mesa de contratación el día 23 de mayo.

El día 29 de mayo la recurrente presenta un nuevo escrito ante el Ayuntamiento de Leganés en el que se afirma que la oferta de AMAS Social está sobrevalorada, ya que se otorga puntuación por el ofrecimiento de un cuidador a jornada completa, ante el compromiso de subrogación de la plantilla actualmente existente en el centro, que supera en un trabajador el mínimo exigido por el PPT, siendo ese trabajador el resultado de la mejora ofertada por la ahora recurrente en la anterior convocatoria del contrato para la realización del mismo servicio.

Además se hacen valer otra serie de errores en la valoración efectuada de la oferta de la indicada fundación, que son corregidos restando puntos a la oferta de AMAS Social, pero sin aceptar las alegaciones relativas a la puntuación de la ampliación de la plantilla. De manera que se asignan finalmente 49,5 puntos a la

recurrente y 52 a AMAS Social que es propuesta como adjudicataria por la Mesa de contratación el 22 de mayo de 2013.

Finalmente la Junta de Gobierno Local adoptó el Acuerdo de aprobar la adjudicación del procedimiento abierto en sesión de 28 de mayo de 2013, que se notificó a la recurrente el día 7 de junio.

Constan en el expediente nuevos escritos de la ahora recurrente uno con fecha de entrada 3 de junio en el que la recurrente solicita que se le valore también como mejora la contratación de la cuidadora que excede de la plantilla mínima a contratar, aportando su titulación y currículum, y otro con fecha de entrada de 14 de junio solicitando el acceso al expediente administrativo para verificar los cambios realizados por la Administración en la valoración de las ofertas. Esta última solicitud es atendida por el Ayuntamiento que remite a la recurrente diversa documentación el 19 de junio.

Cuarto.- Con fecha 20 de junio, la Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, previa la presentación del anuncio previo a que se refiere el artículo 44 del TRLCSP, requiriéndose ese mismo día al Ayuntamiento para que remitiera el expediente de contratación junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP, siendo atendido dicho requerimiento el día 25 de junio.

La recurrente solicita que se anule la adjudicación del contrato por considerar que la valoración efectuada es incorrecta entendiéndose que vulnera el principio de igualdad en la licitación, dado que tanto la propuesta como adjudicataria como la recurrente han ofertado un cuidador más respecto de la plantilla mínima prevista en el PPT, habiéndose valorado como cumplimiento de la obligación de subrogación para la recurrente y como mejora para la adjudicataria.

Solicita asimismo por medio de otrosí que se le permita realizar alegaciones complementarias, una vez se le de el traslado del expediente administrativo que solicitó el 14 de junio de 2013, al no haber podido acceder al expediente administrativo

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, citando el Informe 58/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirma que la obligación de subrogación de trabajadores no se puede considerar como un criterio de adjudicación legalmente válido por lo que no se puede puntuar a FAD, tal y como es su pretensión por un cuidador que no ha incluido en su oferta como mejora porque considera que lo tiene y lo tendrá al estar incluido en el anexo informativo de subrogación valoración que sí es posible en el caso de AMAS Social porque sí lo incluyo como mejora en su oferta.

Quinto.- Con fecha 27 de junio se concedió trámite de audiencia a los interesados en el expediente de contratación, habiendo presentado escrito de alegaciones la adjudicataria, el día 1 de julio de 2013, solicitando la desestimación del recurso indicando que la pretensión de la recurrente de que la Mesa y el Técnico que valoró las ofertas “en un acto de confianza ciega y/o adivinación” le otorgue puntuación como si hubiere ofertado como plantilla adicional la cuidadora a subrogar, es de todo punto inadmisibles sin la modificación de la oferta, lo que sería contrario a los pliegos como ley del contrato contra los que en su día no se interpuso recurso alguno. Asimismo procede extraer de sus alegaciones que *“Si se considerase como personal mínimo a partir del cual se habría de otorgar puntuación al personal consignado en el anexo I del PPT y no al fijado por el anexo I del PCAP y la cláusula 2.4 del PPT, entonces no podría atribuirse puntuación ni una Fundación ni a otra por lo que el resultado permanecería inalterado, debiendo adjudicarse el contrato a la fundación AMAS Social”*.

Sexto.- Debe señalarse que con fecha 1 de julio de 2013 ha tenido entrada en este Tribunal un nuevo escrito de la recurrente en el que pone de manifiesto que ha

tenido conocimiento de nueva documentación, en concreto el extracto del borrador del acta de la Mesa de Contratación ordinaria celebrada el 16 de mayo de 2013, que acompaña, en el que se ponen de manifiesto las discrepancias de los miembros de la Mesa en torno a la cuestión que plantea y en las que pretende fundamentar nuevamente su petición de nulidad del acto de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa recurrente para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato objeto de impugnación, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se documenta la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso dentro del plazo de quince días que establece en el apartado 2 del artículo 44 al haberse remitido la notificación de la adjudicación a la recurrente el día 7 de junio, habiéndose interpuesto el recurso el día 20 del mismo mes.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios calificado en la categoría 25 del anexo II del TRLCPS con un valor estimado superior a 200.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Cabe plantearse asimismo la incidencia que tiene en relación con el presente recurso la presentación de una solicitud de revisión ante la Mesa de contratación, resuelta por la misma dando lugar a la corrección del informe de valoración y la propuesta de adjudicación y que puede fundamentarse en lo dispuesto en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), *“Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.”*

Como ya se ha indicado en anteriores resoluciones de este Tribunal (vid Resolución 98/2012 de 12 de septiembre o 74/2012, de 18 de julio) y del Tribunal Central de Recursos Contractuales, (Vid Resolución 123/2013, de 27 de marzo) el sistema de recursos previsto en el TRLCSP, excluye la posibilidad de interponer otros recursos administrativos contra los actos enumerados en el apartado 2 de su artículo 40, contra los que únicamente cabe interponer el recurso especial en materia de contratación cuya resolución corresponde a un órgano independiente, en este caso al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Contra los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del artículo 40.1 del TRLCSP procederá la interposición de los recursos administrativos ordinarios y los defectos de tramitación no susceptibles de recurso únicamente podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de

que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

El artículo 87 del RLCAP, está en contradicción con el artículo 40 del TRLCSP, cuando las observaciones o reservas se refieran a actos de trámite cualificados, susceptibles de ser recurridos mediante el recurso especial regulado en el citado artículo 40, por lo que por aplicación del principio jurídico *lex posterior derogat anterior* y el de jerarquía normativa y prevalencia de la ley sobre el reglamento (artículo 9.3 de la Constitución), hay que mantener que el contenido de los preceptos del TRLCSP han de aplicarse con preferencia sobre el precepto reglamentario, y por tanto considerarlo implícitamente derogado en cuanto se opone, por incompatibilidad, a dicho texto legal.

En el expediente que estamos analizando, aunque la ahora recurrente planteó la revisión de la valoración efectuada y la Mesa se pronunció al respecto, corrigiendo alguno de los errores puestos de manifiesto por la recurrente, pero no el que ahora nos ocupa, puede afirmarse que este Tribunal no se encuentra vinculado por el principio de cosa juzgada administrativa, dado que el recurso administrativo interpuesto no fue resuelto por el órgano de contratación, siendo la Mesa de Contratación la que acuerda confirmar la propuesta de adjudicación a favor de AMAS Social, elevando dicha propuesta a la Junta de Gobierno Local que la adopta el día 28 de mayo de 2013 .

Sexto.- El objeto del recurso se centra en determinar si la valoración de la mejora ofertada por la adjudicataria es o no conforme a derecho.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 139 del TRLCSP uno de los principios rectores de la contratación administrativa al que deben ajustarse entre otros, los procedimientos de licitación pública es el principio de igualdad de trato a los licitadores.

Pueden traerse a colación las conclusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2008, en el asunto *Evropaïki Dynamiki*. T-345/03, cuando señala que *“En materia de adjudicación de contratos públicos, el principio de igualdad de trato entre los licitadores adquiere una importancia absolutamente particular. En efecto, es preciso recordar que se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73). 140”*, concretando que el principio de igualdad de trato exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes.

A ello debe unirse, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en múltiples ocasiones, que los PCAP conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid. por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863).

De manera que el examen de la cuestión que nos ocupa debe realizarse a la luz del principio de igualdad y teniendo en cuenta las exigencias de los pliegos que rigen la licitación.

Dos son las peticiones de la recurrente hechas valer de modo alternativo o subsidiario en este sentido, que o bien no se valore la mejora propuesta por la adjudicataria o bien que se valore como mejora su compromiso de subrogación de la totalidad de los trabajadores que en la actualidad prestan el servicio por lo que a la cuidadora que en su día fue objeto de mejora se refiere.

Por su parte el órgano de contratación señala que dado que la obligación de subrogación no se puede valorar como mejora, y que la cuidadora a subrogar no fue ofertada como ampliación de la plantilla por la recurrente y sí por la adjudicataria, no procede estimar el recurso. Del mismo modo la adjudicataria afirma que no procede otorgar puntuación a la recurrente como si hubiere ofertado como plantilla adicional la cuidadora a subrogar, mientras que si se considerase como personal mínimo a partir del cual se habría de otorgar puntuación al personal que debe ser subrogado y no al fijado como plantilla mínima, entonces no podría atribuirse puntuación ni una Fundación ni a otra por lo que el resultado permanecería inalterado, debiendo adjudicarse el contrato a la fundación AMAS Social

Admitir la documentación presentada por la recurrente respecto de la cuidadora, y por tanto valorar su contratación como mejora implicaría una modificación de la oferta proscrita por la normativa en materia de contratación que en modo alguno es admisible. (Vid. Resolución 129/2012, de 10 de octubre o 47/2013, de 22 de marzo).

Pero cabe plantearse alternativamente si es adecuada a derecho la valoración como mejora de la asunción de una trabajadora a jornada completa a cuya subrogación estaba obligada la adjudicataria por aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP.

En este punto el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 58/09, de 26 de febrero de 2010, concluye respecto de la obligación de subrogación de los trabajadores que *“por su propia naturaleza, tal exigencia no se puede considerar como un criterio de adjudicación legalmente válido, ni cabe considerar que de haber figurado en el pliego la oferta de la adjudicataria habría variado, pues éste debe conocer necesariamente el contenido tanto de las normas como de los convenios colectivos vigentes en su sector de actividad ”* y es que resulta obvio que el cumplimiento de las obligaciones legales, no pueden

establecerse en los pliegos como criterios de valoración, ni cabe interpretar los mismos de manera que el resultado final sea precisamente la valoración de aquéllas. Ahora bien que el cumplimiento de la obligación de subrogación no sea valorable, no significa que no lo sea la ampliación de la plantilla establecida como mínima para la ejecución del contrato, aunque dicha ampliación se produzca como consecuencia de la subrogación del personal que excediendo de la plantilla mínima, preste el servicio objeto del contrato, siempre que se haya hecho constar así en la oferta.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio de atención de personas con discapacidad intelectual en el Centro Ocupacional Municipal en el Ayuntamiento de Leganés, se deriva del artículo 44 del ET *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*, y del artículo 31 del Convenio colectivo general de centros y servicio de atención personal con discapacidad que establece que: *“Las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, en virtud de contratación pública o de cualquier tipo de transmisión, sustituyan a otras que viniesen prestando servicios de atención y asistencia a personas con discapacidad, se subrogarán en la totalidad de derechos y obligaciones en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Ahora bien, una vez que los trabajadores subrogados pasan a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, podrá adscribirlos o no al contrato indicado o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial cumpliendo la normativa laboral vigente, puesto que la subrogación implica la asunción o sucesión del adjudicatario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral entre el empresario que viniera

prestando el servicio y sus trabajadores, pero no significa que dicho personal deba ser adscrito necesariamente a la prestación del servicio contratado. En este caso concreto la asunción de la obligación de subrogación de los trabajadores que vinieran prestando el servicio, que exceden en un trabajador de la plantilla mínima exigida en el PPT, no significa que el trabajador “sobrante”, deba ser necesariamente adscrito a la prestación del servicio objeto del contrato, por lo que el ofrecimiento del mismo (de igual forma que si se ofreciera un trabajador ajeno a la plantilla), puede ser valorado por el órgano de contratación como mejora.

No es por tanto igual la situación de ambas licitadores, una asume sin más el compromiso de subrogación de los trabajadores, y otra además, dentro de ese compromiso ofrece la ampliación de la plantilla valorable como mejora, por lo que este Tribunal considera que la actuación del órgano de contratación es conforme a Derecho y no vulnera el principio de igualdad invocado por la recurrente.

Por lo tanto este Tribunal considera que procede desestimar el recurso interpuesto, sin perjuicio de que aun estimándolo la puntuación a asignar a la recurrente o a detracer de la puntuación de la adjudicataria sería solo de 2 puntos (1 por cada media jornada), de manera que habiéndose asignando a esta 86 puntos, y a la recurrente 83,5 puntos, la mejor puntuación correspondería a la adjudicataria por 0,5 puntos.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 interpuesto por Doña S.M.I., en nombre y representación de la Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de

Leganés (FAD) contra la adjudicación del contrato "Servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés" Número de expediente: 61/2012.

Segundo.- Levantar la suspensión acordada en sesión del día 26 de junio de 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 - 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.