

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

En Madrid, a 18 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don J.A.N., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre (EDUCATIA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios denominado “Actividades municipales en centros educativos para la conciliación de la vida laboral y familiar 2016-2017 del Distrito de Moratalaz”, número de expediente: 300/2015/00311, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Moratalaz se convocó procedimiento abierto, mediante pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 13 de octubre y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el día 14, donde se pone a disposición de los interesados los pliegos que rigen la licitación. Según el PCAP el valor estimado del contrato asciende a 201.577,92 euros.

Segundo.- El 10 de noviembre de 2015 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de EDUCATIA en el que solicita anular los pliegos y sustituirlos por otros que contengan los umbrales mínimos que se contienen en el II convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Previamente había anunciado la interposición del recurso el 21 de octubre.

El 17 de noviembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente 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). Argumenta que el recurso se ha presentado fuera de plazo, no es admisible por razón de la cuantía y en el supuesto de ser admitido debiera ser desestimado, solicitando la imposición a la entidad recurrente de la multa prevista en el artículo 45.3 del TRLCSP al existir temeridad y mala fe en la presentación del recurso al presentarlo basado en meros juicios de valor con el ánimo de dilatar el procedimiento de adjudicación con el perjuicio al interés público que podría provocar de no iniciarse su ejecución el 1 de enero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Procede en primer lugar analizar la competencia del Tribunal para resolver el recurso.

El mismo se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios de categoría 24, en los cuales figura con un valor estimado de 201.577,92 euros.

El artículo 40.1.b) del TRLCSP dispone que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000

euros. En consecuencia, *prima facie* el Tribunal carece de competencia para la resolución del recurso.

Argumenta la recurrente que aplicar el contenido económico del Convenio Colectivo en el recurso es imprescindible para que el valor estimado del contrato supere los 207.000 euros, no hacerlo supone inadmitir el recurso por no llegar al umbral económico del TRLCSP y dejarla huérfana de tutela judicial administrativa.

El valor estimado del contrato determina la aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos (Directiva 2004/18/CE) y el acceso al recurso en materia de contratación previsto en la Directiva 89/6665/CEE, en los supuestos de contratos de servicios de las categorías 1 a 16 y asimismo a posibilidad de recurso especial en materia de contratación, por extensión del legislador nacional, en los servicios de las categorías 17 a 27.

La reglas para la determinación del contrato se introducen en la legislación española en el citado artículo 88 del TRLCSP influido por el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE, cuyo contenido transpone. Pero ello no supone que su aplicación se reduzca a los contratos sujetos a dicha Directiva.

Según establece el artículo 88 del TRLCSP el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el IVA, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. Asimismo el apartado 2 de este artículo indica que debe estar referido al momento del envío del anuncio de licitación y una precisión que no contiene la Directiva al disponer que la estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado.

Ello supone que el valor está constituido por el importe del contrato, tal y como es estimado por el órgano de contratación y que éste, en su estimación debe

tener en cuenta los precios habituales en el mercado y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación.

El Tribunal, a efectos de determinar su competencia para conocer y resolver el recurso, puede analizar si el importe ha sido correctamente estimado por el órgano de contratación de conformidad con la reglas del artículo 88, por ejemplo, si ha incurrido en error aritmético, si ha contemplado las prórrogas o no, o, como pide la recurrente en este caso, si ha tenido en cuenta los precios habituales en el mercado, con lo cual se podría obtener un importe superior a 207.000 euros.

Es decir, para concluir sobre la cuestión procesal de la competencia es necesario conocer del fondo del asunto y concluir si el presupuesto de licitación se ha calculado correctamente, lo cual determinaría la inadmisión del recurso por incompetencia del Tribunal, o si se ha estimado de forma insuficiente y con la adición del importe omitido sería superior a la cuantía que es necesaria para la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación.

En cuanto al apartado 1 del artículo 88, el contrato que nos ocupa tiene una duración prevista desde el 1 de enero de 2016 al 30 de junio de 2017. El importe de la anualidad 2016 es de 75.087,36 euros y el importe de los seis meses correspondientes a 2017 supone 50.299,40 euros, lo cual suma 125.386,76 euros, importe en el que se ha fijado el presupuesto base de licitación. Sumado el importe del periodo de prórroga obtenemos un valor estimado inferior a los 207.000 establecidos en el artículo 40.1.b).

Resta no obstante analizar si para la determinación del valor estimado del contrato se ha tenido en cuenta la previsión del apartado 2 del artículo 88 del TRLCSP.

Al órgano de contratación corresponde cuidar de que el presupuesto de licitación sea adecuado al de mercado y que en aquellos casos en que el coste

económico principal lo constituye la retribución de personal, como es este caso, siendo este coste el concepto básico desde el punto de vista económico del contrato. Asimismo, en la medida que podrán ser factores también determinantes respecto de la fijación del precio de licitación, deberá tenerse en cuenta el nivel de prestación de los servicios que se pretende contratar, atendiendo tanto a la variedad de servicios exigidos como a las horas y personal necesario para su realización.

Se establece en el PPT unos precios máximos a recoger en su oferta por parte de los licitadores, que vienen establecidos en el apartado 3.2.1 del mismo.

Según la recurrente esos precios máximos -por aplicación del Convenio Colectivo- están por debajo del costo real, siendo una ficción y una irrealidad exigir por un lado a los licitadores cumplir con sus obligaciones laborales y sociales y luego no poderlas cumplir éstos si tienen que aplicar el Convenio Colectivo. Además el apartado 3.2.1 del PPT establece unos precios/hora en unas categorías que no son las propias del Convenio Colectivo de aplicación. Si el PPT establece, en ese apartado 3.2.1, que para los servicios a prestar en el contrato entran las categorías de monitor, profesor, profesor psicopedagógico y coordinador; atendiendo al II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, que es el de aplicación, las categorías que deben de prestar esos servicios están en los grupos III y IV de su clasificación profesional, y concretamente serían: en vez de monitor, debe aplicarse experto en talleres (grupo III) por ser personal de atención directa; en vez de profesor, es aplicable el técnico especialista (grupo III); y, siendo, por último, la categoría de coordinador (grupo IV) la única que puede incardinarse entre contrato y convenio colectivo.

Además de no estar las categorías a aplicar en consonancia entre contrato y convenio colectivo, tampoco lo está el cálculo del precio/hora. Para el año 2016, aplicando las tablas del Convenio Colectivo a los trabajadores, pagando su Seguridad Social, las posibles incidencias, gestión empresarial y beneficio industrial, daría el siguiente resultado:

Para el Técnico Especialista (en vez de profesor) (2016) 16,14 euros/hora.

Para el Experto en Talleres (en vez de monitor) (2016) 14,62 euros/hora.

Para el Coordinador (2016) 14,89 euros/hora.

Como consecuencia, obtiene una diferencia cuantitativa respecto de lo que figura en el PPT.

Son dos las cuestiones que propone la recurrente: adecuada solicitud de las categorías profesionales de acuerdo con el convenio colectivo, y adecuación de los cálculos efectuados.

En primer lugar, la recurrente considera inadecuadas las categorías profesionales contempladas en el PPT respecto de las previstas en el convenio colectivo lo que determina un diferente régimen retributivo. Sin embargo al desarrollar estos argumentos, la recurrente, reconoce en el cuerpo de su escrito que la categoría de coordinador (grupo II), es correcta, que para la de profesor es aplicable la de Técnico Especialista reconocida en el Convenio Colectivo Marco (grupo III), tal y como se ha efectuado en el correspondiente estudio de costes que sirve de base al PPT, y únicamente se cuestiona la categoría profesional de Monitor de Ocio y Tiempo Libre (grupo IV) a la que, según la recurrente, debe aplicársele la de Experto en Talleres o Tallerista (Grupo III), sin expresar argumento alguno para modificar la clasificación profesional efectuada en el PPT.

Insiste que en vez de “monitor” debe aplicarse la categoría de “experto en talleres”. Esta categoría profesional se recoge en el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, en el anexo 1, en el grupo IV “personal de atención directa”, textualmente se dice: *“Monitor/a de ocio educativo y tiempo libre: Es la persona que, con la titulación académica requerida por la legislación vigente y/o experiencia acreditada en la actividad, dinamiza el desarrollo de los programas de ocio educativo y/o tiempo libre, dentro del marco pedagógico establecido por la actividad de acuerdo con la legislación vigente, transmitiendo sus*

conocimientos, métodos y estrategias, dirigidos al desarrollo grupal e individual de sus componentes”.

En el mismo convenio se establece a qué personal y puestos es aplicable esta categoría profesional y textualmente se dice:

“Esta categoría es de aplicación al personal comprendido en los siguientes puestos de trabajo, entre otros: monitor/a de aula matinal, transporte escolar, comedor escolar, de programas y proyectos en el medio natural de actividades extraescolares, de colonias y campamentos, de actividades de vacaciones y otras asimilables en el marco del ocio educativo y animación sociocultural”.

Si tenemos en cuenta que tal y como se cita en el PPT, las actividades para las que se solicita un monitor, son las de ocio, actividades deportivas, teatro, y talleres lúdicos, es decir actividades extraescolares, dirigidas a alumnos de 6 a 12 años de edad, queda claro que es aplicable esta categoría profesional y no otra como la planteada por la recurrente, dado que se trata de actividades de entretenimiento lúdico, fuera del horario escolar, y en ningún caso se trata de enseñanzas regladas.

En segundo lugar, procede analizar la adecuación de los cálculos efectuados, no a efectos de estimar o no el recurso, sino, como hemos dicho para determinar si con su importe adecuado se alcanzaría el importe del valor estimado que sea suficiente para determinar que el Tribunal es competente para la resolución. No se concreta por la recurrente a cuánto debería ascender sino que discute el importe del precio hora de cada categoría profesional, con respecto a lo establecido en el PPT sin fijar una petición en cuanto al valor del presupuesto estimado.

Consta en el expediente un minucioso, detallado, fundado y motivado estudio económico denominado “informe valorativo del contrato”, en el que consta que para llegar al presupuesto de licitación se ha partido del salario bruto mensual de cada categoría con el prorrateo de pagas extra y una previsión de incremento salarial del

0,5%. Teniendo en cuenta que el convenio establece una jornada de 38,5 horas semanales obtiene el coste/hora salarial por categoría en las anualidades 2016 y 2017, al cual adiciona el coste de seguridad social, FOGASA, formación profesional y contingencia por desempleo, de lo que resulta que los costes totales por hora discriminando por categorías, sin incluir los gastos generales y el beneficio industrial, son los siguientes:

<i>Categoría</i>	<i>2016</i>	<i>2017</i>
monitor	9,418	9,465
profesor	11,661	11,719
psicopedagogo	11,661	11,719
coordinador	12,109	12,169

En consecuencia los precios establecidos en el PPT son adecuados a lo previsto en el convenio colectivo y el presupuesto total de licitación suficiente para poder presentar oferta cumpliendo la normativa laboral.

Además de los costes sociales se adiciona un porcentaje en concepto de gastos generales, beneficio industrial (3%) e IVA dando como resultado el valor estimado que figura en los pliegos.

Por lo tanto, considerado adecuado el cálculo del valor estimado y dada la cuantía del mismo, el contrato no es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 40.1.b).

Segundo.- En consecuencia procede inadmitir el presente recurso, al referirse a un contrato que no resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, por su cuantía no siendo por tanto este Tribunal competente para su resolución.

Tercero.- No obstante lo anterior, el artículo 40.5, segundo párrafo, del TRLCSP establece que *“los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de*

contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de conformidad con el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, corresponde al órgano de contratación determinar si procede admitir su tramitación, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada Ley 30/1992.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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 especial, interpuesto por don J.A.N., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre (EDUCATIA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios denominado “Actividades municipales en centros educativos para la conciliación de la vida laboral y familiar 2016-2017 del Distrito de Moratalaz”, número de expediente: 300/2015/00311, por incompetencia del Tribunal.

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.- 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.