

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por doña E.C.C., en nombre y representación de Eurest Colectividades, S.L (MEDIREST), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios de elaboración y distribución de comidas y concesión de la explotación de las cafeterías de mayores, nº de expediente: 4/2014, tramitado por el Patronato de Bienestar Social del Ayuntamiento de Alcobendas, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de febrero de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid anuncio relativo a la convocatoria por procedimiento abierto, de carácter ordinario, del contrato de servicios de elaboración y distribución de comidas y concesión de las cafeterías de los centros de mayores del Ayuntamiento de Alcobendas. El valor estimado del contrato es de 2.309.685,68 euros.

Cuatro licitadoras concurren al procedimiento, entre ellas la recurrente.

El 7 de julio de 2014 se acuerda la adjudicación del Contrato a favor de MEDIREST. El Departamento de Calidad, Seguridad, Salud y Medio Ambiente de esta empresa realiza una auditoria sobre las instalaciones de la cocina y concluye que *“En la actualidad las instalaciones del Centro no cumplen con normativa vigente dado que presenta un gran número de no conformidades mayores referentes a incumplimientos legales”*. MEDIREST propone prestar el servicio desde su cocina central, con un incremento de precios próxima al 10%, con el fin de restablecer el equilibrio de la prestación dadas las circunstancias conocidas de forma sobrevenida, y propone igualmente que el Patronato asuma cualquier coste en que incurra MEDIREST como consecuencia de la adecuación del personal, pues con el cambio de modelo respecto a lo previsto en el antiguo PPT, no podía asumir la subrogación del personal dedicado a la producción en la Cocina.

El 18 de agosto de 2014 el Gerente del Patronato de Bienestar Social del Ayuntamiento de Alcobendas resuelve:

“1. No considerar procedente la modificación contractual propuesta por EUREST COLECTIVIDADES, S.L. por afectar a elementos esenciales de la contratación y todo ello en virtud de los artículos 105 y 107 del TRLCSP.

2. Tener por desistida a la empresa adjudicataria EUREST COLECTIVIDADES (nombre comercial MEDIREST) (...) al no haber procedido a la formalización del contrato administrativo en los plazos señalados por causas ajenas a esta Administración Pública y a pesar de haber sido requerido para ello.”

El 22 de octubre de 2014 se acuerda:

“2. Declarar desierto el procedimiento de contratación tramitado para la adjudicación por procedimiento abierto, tramitación ordinaria (...), a la vista de la falta de formalización del contrato en plazo por parte de la mercantil EUREST COLECTIVIDADES, S.L. (nombre comercial MEDIREST) y la imposibilidad de continuar con la tramitación del expediente con otros clasificados, al ser inadecuadas sus ofertas por no alcanzar ninguno de ellos el umbral mínimo de

puntuación previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares en su cláusula 11.

4. Aprobar el expediente de contratación para la adjudicación, por procedimiento negociado sin publicidad, de los servicios de elaboración y distribución de comidas y concesión de la explotación de las cafeterías de los centros de mayores, al amparo de lo establecido en el artículo 170 del TRLCSP, procediendo a cursar invitación expresa a las cuatro empresas participantes en el expediente declarado desierto.”

Con fecha 23 de octubre de 2014 se invita a participar en el procedimiento negociado sin publicidad, remitiendo los nuevos pliegos.

Segundo.- El 11 de noviembre fue presentado en el Registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Eurest Colectividades, SL (en adelante MEDIREST), en el que se alega inadecuación del procedimiento negociado previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato, dada la excepcionalidad del mismo y las modificaciones introducidas en las condiciones iniciales. Solicita que se declare la nulidad del PCAP y PPT y se retrotraigan las actuaciones al momento de redacción del PCAP, a fin de que el mismo quede redactado en el sentido de acordar la tramitación por procedimiento abierto o restringido. Al efecto solicita la apertura de un periodo de prueba a fin de acreditar que en la cocina de la Calle Orense en que los pliegos dan la opción de ejecutar el contrato, no se cumple la legislación sanitaria vigente, lo que imposibilita la prestación del servicio en la misma.

Tercero.- Con fecha 14 de noviembre de 2014, se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad una copia del expediente junto al informe del órgano de contratación 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 (TRLCSP).

El informe señala que MEDIREST solicitó la modificación del contrato antes de la perfección y por tanto de su nacimiento y ante la imposibilidad de adjudicación a ninguno de los licitadores presentados, dado que no habían superado el umbral de puntuación mínima establecida en el PCAP se declaró desierto el expediente de contratación tramitado por procedimiento abierto, procediendo a aprobar un nuevo expediente por procedimiento negociado sin publicidad. Las alegaciones sobre la variación en la forma y lugar de la prestación del servicio serán tenidas en cuenta en los fundamentos de derecho de esta Resolución al analizar los mismos.

Argumenta el órgano de contratación que una modificación previa a la formalización de una de las condiciones de ejecución del contrato que afecta a una de las condiciones esenciales cual es el precio, pretendiendo un incremento de aproximadamente el 10% supone un abuso de su posición dominante en dicho procedimiento y hubiera supuesto una violación del principio de igualdad de trato al resto de licitadores violentando el principio de concurrencia competitiva que ha de regir los procedimientos contractuales, el de transparencia y no discriminación entre los candidatos aparte de una merma ilegal de los caudales públicos al no obedecer dicho incremento a ninguna razón de interés público.

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.- El Patronato Municipal de Bienestar Social del Ayuntamiento de Alcobendas es un organismo autónomo municipal, sujeto a derecho administrativo, con personalidad jurídica pública diferenciada, que tiene la consideración de Administración pública a efectos del TRLCSP. La licitación convocada por tiene por objeto la adjudicación de un contrato calificado como mixto de concesión y servicios

y siendo la parte de servicios la más importante económicamente en aplicación del artículo 12 del TRLCSP, se califica como de servicios de la categoría 17 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) del TRLCSP.

Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los pliegos que regulan la licitación, que son susceptibles de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Tercero.- El artículo 44.2.a) del TRLCSP, que transpone la citada Directiva, dispone que:

“a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”.

Tratándose de un procedimiento negociado sin publicidad la invitación a presentar oferta se remitió a los licitadores del procedimiento declarado desierto que fue recibida el 22 de octubre. Se adjuntan el PCAP y el PPT, por tanto el recurso interpuesto el 11 de noviembre está dentro del plazo legal.

Cuarto.- El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación a *“toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.*

En principio está legitimado quien es licitador y el que está en situación de serlo y las condiciones de la licitación le impiden serlo. Nada obsta, sin embargo, a que quien impugna los pliegos pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso

de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato.

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre: “(...) 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 mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; Y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4).”

La recurrente no ha presentado oferta en el procedimiento negociado objeto del recurso al que fue invitada, lo cual, como hemos señalado no impide la formulación de recurso si se cumplen los requisitos de legitimación activa.

La legitimación se extiende a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso. Estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicador por el pliego y por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquel hecho valer.

La recurrente invoca como causa legitimadora que las irregularidades que contienen los Pliegos impugnados le causan un perjuicio directo, por cuanto no obstante haber resultado adjudicataria de la licitación cuando fue convocada por el

procedimiento abierto, se ve ahora obligada a participar en un procedimiento negociado que altera esencialmente las condiciones de la licitación anterior. La fundamentación de la pretensión de anulación del procedimiento negociado sin publicidad es esencialmente que se vulnera la regulación del mismo por la inexistencia de causa justificativa, es decir la concurrencia del supuesto del artículo 170.c) del TRLCSP, en base a dos razones: los nuevos pliegos modifican sustancialmente las condiciones iniciales del contrato tramitado por procedimiento abierto y se ha modificado la relación de trabajadores a subrogar. Por otro lado la argumentación del recurso es que no se le ha facilitado los documentos de cotización de los trabajadores a subrogar y tampoco una visita al centro donde se han de prestar los servicios.

Aplicando la doctrina expuesta relativa a la legitimación al caso concreto, el Tribunal no comprende cuál sería el beneficio que obtendría la recurrente en el supuesto de prosperar su recurso, pues si su pretensión es la tramitación por un procedimiento abierto, en cuanto a competidores no obtendría mejores condiciones para la adjudicación que en el procedimiento negociado donde está limitada la presentación de ofertas a los anteriores licitadores al procedimiento declarado desierto. En cuanto a las condiciones del contrato tampoco obtendría mejor situación puesto que si se tramitara un procedimiento abierto ningún reproche se hace a la cláusula relativa a la prestación del servicio de cocina, más allá de ser sustancialmente diferente a la que figuró en el procedimiento abierto tramitado inicialmente, pero nada impediría que esa misma cláusula figure en el procedimiento abierto nuevo que se pretende que se licite. En consecuencia ninguna ventaja puede obtener la recurrente de la estimación del recurso, pues el procedimiento abierto podría mantener las mismas condiciones sin que eso suponga la posibilidad de presentación de ofertas sustancialmente distintas en función de si se tramita la adjudicación por uno u otro procedimiento. El mismo razonamiento cabe realizar respecto de la relación de personal a subrogar pues tramitando un procedimiento abierto se le entregaría la misma relación de trabajadores. En consecuencia, no se acredita ninguna ventaja o evitación de algún perjuicio que permita legitimar

activamente a MEDIREST, más allá de un genérico interés en el cumplimiento de la legalidad que no es suficiente para reconocerle tal legitimación.

En relación con las empresas invitadas, como es el caso de la recurrente, la tramitación vía procedimiento abierto o negociado no les otorga o restringe derecho alguno. Solo puede invocarse el principio de publicidad que afectaría a aquellas empresas no invitadas, pero no a las que lo han sido que en todo caso obtienen una menor competencia.

Únicamente cabría reconocer la legitimación respecto de aquellas cuestiones que afectan no al procedimiento a seguir, sino al contenido de los pliegos o condiciones de la licitación, como puede ser la inadecuada información sobre los trabajadores a subrogar o la denegación de acceso a las instalaciones donde se puede ejecutar el contrato.

Quinto.- A pesar de lo concluido en el fundamento anterior respecto de la falta de legitimación de la recurrente que hace innecesario pronunciarse sobre los argumentos del recurso en relación a la improcedencia del procedimiento negociado, para una mejor satisfacción de las pretensiones deducidas haremos un breve análisis de dicha circunstancia y su adecuación a la legalidad.

El artículo 170 del TRLCSP enumera los casos en que un contrato del sector público puede adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicidad:

“c) Cuando tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente.”

Por otro lado el artículo 138.2 del TRLCSP dispone:

“La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado”.

Ciertamente, la tramitación de un procedimiento negociado, tanto en la regulación positiva como en la jurisprudencia, tiene carácter excepcional, pero también aparece configurado como un medio ágil para conseguir ofertas de varios licitadores cuando no ha sido posible hacerlo en un procedimiento abierto.

El artículo 170 del TRLCSP se limita a establecer los supuestos en que, con carácter general, podrá acordarse la utilización del procedimiento negociado para la adjudicación del contrato. Es decir, concurriendo las circunstancias enumeradas en el mismo, se permite -que no se le impone-, que potestativamente decida acudir al procedimiento negociado, pudiendo optar también por el procedimiento abierto o restringido.

Dado el carácter excepcional del procedimiento negociado, la interpretación del concepto jurídico indeterminado “*modificación no sustancial*”, debe determinarse al caso concreto, haciéndolo además de forma restrictiva. Por condiciones esenciales del contrato se ha venido interpretando entre otras el objeto, el precio, el plazo, condiciones de solvencia y particularidades esenciales de ejecución del contrato. Sólo en este último supuesto tendría encaje las diferencias puestas de manifiesto en el recurso.

Para determinar el concepto de modificación sustancial debe acudir a los preceptos que regulan, precisamente, la modificación contractual desde la perspectiva de si estas son o no sustanciales para prohibirlas en el primer caso y admitirlas en el segundo.

Sobre este particular, dispone el artículo 107.3.e) del TRLCSP:

“A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

(...)

e) *En cualesquiera casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que forma parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas”.*

Sobre el concepto “*condiciones esenciales del contrato*” se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informes 43/2008, de 28 de julio de 2008 y 5/2010, de 23 de julio de 2010. A propósito de la redacción inicial del artículo 202 de la derogada LCSP, señala con argumentación plenamente extrapolable a la redacción vigente:

“La redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión “condiciones esenciales del contrato” es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer.

En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del “concepto jurídico indeterminado” supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual.”

En el recurso se invoca la nulidad de los pliegos en base a que se ha omitido no un trámite, sino que se ha prescindido de modo completo y absoluto de la tramitación prevista en el procedimiento abierto, en el que se habría garantizado la libre concurrencia a la licitación y excluido toda posibilidad de negociación de los términos del contrato.

La recurrente considera que se vulnera la regulación del procedimiento negociado sin publicidad por la existencia de causa justificativa, es decir la concurrencia del supuesto del artículo 170.c) del TRLCSP, en base a dos razones:

los nuevos pliegos modifican sustancialmente el objeto del contrato y se ha modificado la relación de trabajadores a subrogar. Ambas modificaciones, lugar y personas, han de considerarse esenciales. Procede, por tanto, analizar si en el presente caso la modificación introducida afecta a condiciones esenciales del contrato.

1. En cuanto a la modificación sustancial de las prestaciones del contrato.

El PPT del procedimiento abierto establecía en cuanto al servicio de comidas:

“3.2- RELATIVO AL SERVICIO DE COMIDAS

Es indiferente a la gestión del servicio que la elaboración de las comidas se efectúen en el centro de la calle Orense donde existen las instalaciones precisas para ello (según se desprende del Anexo II) siendo el adjudicatario el encargado de complementar la maquinaria de hostelería que fuese necesaria para la correcta elaboración de las comidas, cenas y su traslado posterior al resto de centros y a los domicilios.

Si de forma excepcional, no se pudiera elaborar en el propio centro se tendrá que elaborar en las cocinas centrales de la propia empresa o donde esta designase. Sera este extremo (las distintas posibilidades de prestar el servicio) objeto de oferta y memoria justificativa del servicio a prestar que servirá de base para la ejecución del contrato.”

En el nuevo pliego para el procedimiento negociado la redacción de dicha cláusula es:

“3.2- RELATIVO AL SERVICIO DE COMIDAS

Para la gestión del servicio de elaboración y distribución de comidas el Patronato de Bienestar Social pone a disposición de la empresa adjudicataria las instalaciones existentes en el centro de la el Orense, siendo el adjudicatario bajo sus criterios técnicos, quien decida el uso de las mismas completando la maquinaria de hostelería que fuera necesario para tal fin.

Asimismo, la empresa adjudicataria utilizará, si lo estima conveniente, las instalaciones propias o las que designe, para la elaboración conservación y distribución de las comidas, siendo este extremo (las distintas posibilidades de prestar el servicio) el objeto de la oferta y memoria justificativa del servicio a prestar y que servirá de base para la ejecución del contrato.”

Según la recurrente se establecía: i) que la forma prevista de prestación del servicio consistía en elaborar las comidas en la cocina del Centro de la calle Orense, y ii) que esa instalación reunía las condiciones adecuadas para ello. Se suprime igualmente la “*excepcionalidad*” de utilizar las cocinas propias o las que el adjudicatario designe, que pasarán a utilizarse si el adjudicatario “*lo estima conveniente*”. Habida cuenta que el Informe de Auditoría ha revelado que las instalaciones existentes no reúnen las condiciones mínimas de higiene y salubridad necesarias para la prestación del servicio, puede sin dificultad concluirse que cualquier licitador medianamente responsable considerará en todo caso “*conveniente*” prestar el servicio desde sus propias instalaciones, de modo que, lo que se trata de mostrar como opción constituye en realidad una alteración esencial del Contrato inicialmente licitado. A este respecto debe tenerse en cuenta que en absoluto resulta equiparable prestar el servicio de comida en régimen de transportado que elaborarlo en la propia Cocina de la instalación de la Calle Orense, con el ahorro de costes que ello supone, a lo que debe añadirse la imposibilidad de dedicar en tal caso la propia cocina del adjudicatario a otros servicios. No es esta afirmación baladí, sino que los costes derivados de prestar el servicio de uno u otro modo cambian radicalmente.

Según el informe del órgano de contratación al recurso, se optimiza la redacción inicial de la cláusula 3.2, sin afectar en modo alguno al fondo del asunto, a los meros efectos de ofrecer una mayor clarificación y entendimiento por parte de las cuatro empresas invitadas.

Considera el Tribunal que a pesar de la modificación en la redacción de la cláusula 3.2 del PPT el fondo descriptivo ha sido y sigue siendo el mismo. Si observamos la primera línea de la primera redacción se señala que *“es indiferente que la elaboración de las comidas se efectúe en la C/ Orense...”*, parece claro que inicialmente es indiferente el lugar. Completando con el inicio del segundo párrafo que expresa *“Si de forma excepcional, no se pudiera elaborar en el propio centro se tendrá que elaborar en las cocinas centrales de la propia empresa...”* Párrafo que parece prever que, en el supuesto de que cualquiera de los licitadores optara en su propuesta por elaborar las comidas en el Centro Municipal y en un momento determinado y de forma excepcional tuviera que elaborarlas por cualquier eventualidad en la sede de la empresa, estuviera permitido elaborarlas sin acudir a una modificación contractual. La alternativa o indiferencia respecto del lugar de elaboración de la comida se pone también de manifiesto cuando se especifica en la misma cláusula, en uno y otro PPT, que es *“este extremo (las distintas posibilidades de prestar el servicio)”* precisamente *“el objeto de la oferta y memoria justificativa del servicio a prestar”*.

Según se justifica en el expediente, la necesidad a satisfacer es la prestación de un servicio restringido al colectivo de personas mayores y socios de los centros municipales. Si incluyen como modalidades del servicio la comida presencial en los cuatro centros municipales de mayores, la comida envasada para aquellos que conviven con enfermos y no pueden trasladarse a los centros o para personas mayores enfermas o discapacitadas, la comida y/o cena a domicilio para personas mayores que no pueden trasladarse o no pueden realizar estas actividades.

Lo esencial en cuanto a la forma de prestación del servicio es:

-El Patronato pone a disposición de la empresa unas instalaciones con un inventario de mobiliario que consta en los PPT. Estas instalaciones pueden o no utilizarse por la empresa.

-La empresa puede optar por cocinar en la cocina del centro de mayores o en sus instalaciones.

-La opción por una u otra fórmula figurara en la memoria y oferta presentada por el interesado.

-Las condiciones de prestación del servicio vienen definidas en el propio Pliego de Prescripciones técnicas, dónde, reiteramos, en ningún momento se señala como esencial que las comidas se presten en la Cocinas del Patronato de Bienestar Social.

El lugar donde se elabore la comida no ha sido ni es condición previa para el Patronato, si bien por una mera cuestión de cercanía y agilidad es valorado, antes y ahora, de forma positiva por los servicios técnicos en los proyectos de gestión presentados.

El recurso de EUREST hace errónea mención al tratamiento como esencial del lugar físico de prestación del servicio, pero tanto en los pliegos de condiciones como en el propio Decreto del Gerente 12/2014, se califica como esencial la forma de prestación del servicio, que dista mucho de calificar como esencial el lugar de prestación del servicio.

En consecuencia de la comparación de ambas redacciones no se aprecia que la aclaración realizada en el nuevo pliego hubiera dado lugar a presentar ofertas sustancialmente diferentes.

2. En cuanto a la modificación de la relación del personal a subrogar.

Según la recurrente sorprendentemente en la medida en que supuestamente se trata del mismo servicio y contrato, en el periodo transcurrido desde la convocatoria de la licitación por procedimiento abierto el 20 de febrero de 2014, hasta la invitación al procedimiento negociado sin publicidad cursada el 23 de octubre, ha cambiado sustancialmente el alcance de esta obligación de subrogar. Así, donde antes se subrogaban 2 cocineras, ahora son 3; que donde antes se incluían 7 camareros, ahora son 5; que donde se hacía referencia a 1 auxiliar de

servicios, pasan a mencionarse 2; y que se suprime la mención al cargo de repartidor; siendo así que la única previsión que se mantiene en los mismos términos es la relativa a la existencia de 1 ayudante de cocina y de 1 responsable auxiliar. Ello supone una diferencia en términos económicos de 24.681,97 euros,

Según la recurrente, en el caso de prestarse el servicio de comidas elaborándolo en las propias cocinas y sirviéndolo en la modalidad de transportado, en cuanto ello altera esencialmente la contrata existente, se torna injustificada la carga de subrogación del personal de la cocina contemplada en la cláusula 5 *in fine* del PCAP.

En el expediente remitido consta un informe del Gerente del Patronato de Bienestar Social del Ayuntamiento de Alcobendas donde se hace constar que el empresa actual prestataria del servicio tiene subrogado el personal que consta en el Anexo III del PPT y recoge el número de trabajadores que en el anterior excepto una jubilación así como el salario, regularizando la antigüedad respecto al previo.

Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que es un principio básico reconocido en el artículo 1 del TRLCSP la información veraz a los licitadores, y, si bien en el listado facilitado en el ejercicio 2013 por la prestataria del servicio incluía una serie de personal, desde finales de 2013 hasta septiembre de 2014 han ocurrido determinadas vicisitudes en el mismo, que meramente se han trasladado al anexo del PPT, puesto que de otra manera la Administración hubiera incurrido en falta de información veraz a los licitadores.

Facilitar dicha información veraz no tiene otra intención de que las propias ofertas de los licitadores se ajusten a la realidad. De igual forma que, como no puede ser de otra manera, se han producido cambios en el PCAP que obedecen al distinto iter procedimental respecto de un procedimiento abierto con un procedimiento negociado, esto es, cambios por ministerio de Ley

La cláusula 5 *in fine* del PCAP. Establece que *“en aplicación del convenio colectivo vigente del sector, el personal que presta los citados servicios será subrogado por la nueva empresa adjudicataria. En el pliego de prescripciones técnicas se encuentra el Anexo III con el listado de dicho personal.”*

La obligación de subrogar no nace de los pliegos, sino de la legislación laboral. Así lo es de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería en materia de *“Subrogación Convencional en Colectividades. Garantías por cambio de empresario”*, aplicable por remisión del artículo 43 del Convenio aplicable en la Comunidad de Madrid,

El artículo 120 del TRLCSP, bajo el epígrafe *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”* y en sede de los preceptos que regulan el contenido imperativo de los pliegos:

“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.

Por tanto, que el órgano de contratación ha cumplido uno de los requisitos de necesaria cumplimentación en orden a la elaboración de los pliegos, cual es el de facilitar la información necesaria para establecer los costes laborales de una eventual subrogación.

Ello afecta de forma incuestionable a la posibilidad de formular una oferta adecuada, y así lo ha considerado este Tribunal anulando el procedimiento en supuestos en que la información facilitada no se corresponde con la realidad o se ha modificado fraudulentamente con posterioridad a la convocatoria de la licitación, pues no puede obviarse que los costes de personal son una partida económica de singular relevancia que impacta notoriamente en los costes de prestación del servicio. No es esto lo que ocurre en este supuesto, donde la información inicialmente facilitada era veraz y únicamente se ha procedido a su actualización, algo que ocurrirá normalmente en los supuestos de procedimiento negociado derivados de un procedimiento abierto previo. Tampoco se aprecia que la modificación de la relación de personal laboral responda a una actuación fraudulenta que pudiera poner a los invitados en el procedimiento negociado en mejores condiciones que si licitaran en uno abierto, debiendo admitirse la posibilidad de tramitar un procedimiento negociado. Ciertamente habrá una diferencia de costes entre la primera licitación y la segunda, pero considera el Tribunal que no es determinante de que se hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes si se trata de un procedimiento abierto o negociado.

A la vista de lo expuesto, dada la justificación de la declaración de desierto del procedimiento abierto convocado y el carácter no sustancial de las modificaciones, más bien aclaraciones, introducidas en los Pliegos rectores de la licitación convocada por procedimiento negociado sin publicidad, el Tribunal no aprecia vulneración de lo dispuesto en el artículo 170.c) del TRLCSP, considerando adecuada a derecho la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad.

Sexto.- Mediante correo electrónico remitido al Ayuntamiento de Alcobendas con fecha 27 de octubre de 2014 MEDIREST solicita los documentos de cotizaciones sociales de los últimos tres meses del personal a subrogar, dado que la información del pliego es incompleta, por cuanto no especifica la base de la cotización y los posibles complementos ni la antigüedad en el centro, hechos estos relevantes para poder determinar los costes laborales que implicará la subrogación. Solicita

igualmente la posibilidad de realizar una visita al centro donde se han de prestar los servicios. Señala que a fecha de interposición del recurso dicha información no le ha sido facilitada.

Parece querer justificar que la recurrente no se ha presentado al procedimiento negociado en base a la falta de contestación a un correo electrónico enviado al Patronato de Bienestar Social a fin de visitar las instalaciones y obtener copia de los documentos de cotización del personal a subrogar.

Debe señalarse que dicho correo electrónico fue enviado a una dirección de correo electrónico en lugar de la que figura al pie de cada página de los pliegos de condiciones, conociendo además EUREST, de otras actuaciones la dirección de correo electrónico válida para comunicaciones.

En cuanto al acceso a las instalaciones donde se llevará a cabo la prestación del servicio el informe de auditoría realizado y las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento abierto demuestran su previo conocimiento por la recurrente, de lo que se puede deducir que no le ha impedido presentar oferta con el adecuado conocimiento, por lo que debe ser desestimada la alegación.

Séptimo.- En cuanto a la solicitud de periodo de prueba para acreditar que la cocina de la calle Orense en que los Pliegos dan la opción de ejecutar el contrato no cumple la legislación sanitaria vigente.

Por el órgano de contratación se adjunta informe emitido por el Servicio de Salud del Patronato de Bienestar Social que contradice las afirmaciones del informe de auditoría elaborado por EUREST al respecto.

No procede considerar este hecho como determinante de la procedencia de un procedimiento de adjudicación o de otro, dado que en ningún caso es obligatorio ni esencial para el adjudicatario prestar el servicio en esas instalaciones. La

adecuación de las instalaciones en el supuesto de uso obligatorio podría dar lugar a la nulidad de la cláusula por ser de imposible cumplimiento, petición que no se realiza, pero no a la modificación del procedimiento de adjudicación.

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 doña E.C.C., en nombre y representación de Eurest Colectividades, S.L (MEDIREST), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios de elaboración y distribución de comidas y concesión de la explotación de las cafeterías de mayores, nº de expediente: 4/2014, tramitado por el Patronato de Bienestar Social del Ayuntamiento de Alcobendas, por carecer de legitimación activa para recurrir contra los pliegos en cuanto establecen como procedimiento de adjudicación el negociado sin publicidad.

Segundo.- Desestimarlos en cuanto a que no se la ha facilitado información sobre los trabajadores a subrogar ni facilitado acceso a las instalaciones puestas a disposición para llevar a cabo la prestación.

Tercero.- Denegar la práctica de la prueba solicitada

Cuarto.- 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.

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.