

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

En Madrid, a 13 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Asociación Madrileña de Escuelas Infantiles de Gestión Indirecta (AMEIGI) contra los Pliegos del “Servicio educativo público de las Escuelas infantiles “Campanilla”, “Las Flores” y “Sueños”, curso 2020-2022 del Ayuntamiento de Alcorcón”, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de octubre de 2019, con un valor estimado de 5.453.925,84 euros, con pluralidad de criterios, y siendo tres lotes:

Lote nº 1: Escuela Infantil “Campanilla”.

Lote nº 2: Escuela Infantil “Flores”.

Lote nº 3: Escuela Infantil “Sueños”.

A fecha de remisión del expediente hay 9 licitadores.

Segundo.- El recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos se presenta en fecha 28 de octubre.

Tercero.- En lo que aquí interesa, los Pliegos contienen las siguientes especificaciones:

En el punto 3 de la cláusula primera (características generales), el siguiente desglose presupuestario:

“3.- Presupuesto, distribución por anualidades, valor estimado y tipo de licitación (PARA TODOS LOS LOTES):

Tipo de presupuesto: Cuantía máxima determinada.

Importe máximo de funcionamiento de la escuela por curso escolar: 454.493,82 euros.

Sistema de determinación del presupuesto: La Comunidad de Madrid realiza las estimaciones de los costes de las Escuelas Infantiles según el siguiente desglose:

-Costes de personal 66,5%.

-Gastos corrientes de suministro de energía eléctrica, agua, combustible, carburantes y teléfono (6%).

-Costes de productos de alimentación (6%).

-Costes en material de limpieza, hostelería, reparaciones, material informático, vestuario, material de oficina (5%).

-Material didáctico (5%).

-Otros gastos de gestión (11,5%).

La ORDEN 636/2019, de 11 de abril, de la Consejería de Educación, e Investigación, por la que se establecen los Módulos de Financiación aplicables a los contratos de gestión de servicios educativos públicos y a los convenios de colaboración en materia de Educación Infantil suscritos entre la Comunidad de Madrid y Entidades Locales e Instituciones públicas para el funcionamiento de Escuelas Infantiles, Casas de Niños, sedes de Equipos de Atención Temprana y sedes de Direcciones de Zonas de Casas de Niños, correspondientes al curso escolar 2019-2020, teniendo en cuenta los distintos componentes de la prestación:

Para estas escuelas infantiles cuya estructura de grupos es “2-3-3”, el cálculo del importe global del proyecto anual se realiza de la siguiente manera: Cálculo del valor del precio mensual de escolaridad: 243,87 euros.

Estructura					Módulos: Orden de módulos de financiación para el curso escolar 2019-2020					Importe global del proyecto anual	
Aulas	Plazas escolaridad (p)			Plazas horario ampliado (u)	Centro	Plaza 0-1 años	Plaza 1-2 años	Plaza 2-3 años	Plazas horario ampliado		
	0-1 años	1-2 años	2-3 años		Total	38.000 €	6.175 €	3.529 €	2.470 €	190 €	
8	16	42	60	118	112	38.000	98.800	148.218	148.200	21.280	454.498

Una vez obtenido el importe global del proyecto en la modalidad de módulos, procede descomponer factorialmente el mismo en los precios mensuales correspondientes a los conceptos por los que las familias usuarias de las Escuelas Infantiles han venido abonando de los recibos de cuotas de los niños durante las 11 emisiones de los mismos (septiembre a julio de cada curso escolar): escolaridad, horario ampliado y comedor, resolviendo la siguiente ecuación:

Importe proyecto = [(plazas escolaridad x precio escolaridad) + (plazas comedor x precio comedor) + (plazas horario ampliado x precio horario ampliado)] x 11 meses

454.498 euros = [(118 x precio escolaridad) + (118 x 96,00 euros) + (112 x 10,83 euros)] x 11, de lo que se deduce que: precio mensual de escolaridad = 243,87 euros.

De estos tres conceptos definimos como valores fijos los conceptos de horario ampliado y comedor para obtener el valor de la escolaridad.

-El valor del precio mensual del horario ampliado lo tomamos del precio público aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid para este concepto, 10,83 euros.

-El valor del precio mensual del comedor lo tomamos del precio privado aprobado por la Consejería de Educación e Investigación para este concepto, 96,00 euros.

(...)

El sistema de determinación del precio del contrato es: Precios mensuales de licitación. Los precios unitarios de licitación para las Escuelas Infantiles "CAMPANILLA" (Lote 1), "LAS FLORES" (Lote 2), "SUEÑOS" (Lote 3) quedarían desglosados en los siguientes conceptos e importes máximos:

-Por escolaridad: 243,87 euros

-Por comedor: 96,00 euros.

-Por cada media hora de horario ampliado: 10,83 euros.

El cálculo del coste anual estimado para el Ayuntamiento de Alcorcón se realiza de la siguiente manera:

Gastos de primer establecimiento. - En el presente contrato no procede fijar gastos de primer establecimiento. El importe máximo de funcionamiento para cada una de estas Escuelas por curso escolar se presupuesta en 454.493,82 euros.

Dicha cantidad es el resultado de la suma de las siguientes variables:

- Coste de la escolaridad mensual por plaza escolar (243,87 euros) por el número de plazas escolares (118) y por el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11), lo que asciende a 316.543,26 euros.

- Coste del comedor mensual por alumno (96,00 euros) por el número de alumnos (118) y por el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11), lo que asciende a 124.608 euros.

- Coste del horario ampliado mensual por período de media hora (10,83 euros) por el número de plazas de períodos de media hora previstos (112) y por el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11), lo que asciende a 13.342,56 euros.

Escolaridad: 316.543,26 euros + Comedor: 124.608 euros + Horario Ampliado: 13.342,56 euros = 454.493,82 euros. Presupuesto anual del coste de cada lote para el Ayuntamiento: 316.543,26 euros por curso escolar (exento de IVA, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.1.9 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del I.V.A). Del importe del proyecto se deducen las aportaciones de los usuarios, calculadas con base en las cuotas de comedor y horario ampliado abonadas por las familias. El presupuesto anual del contrato será: 454.493,82 euros - 137.950,56 euros = 316.543,26 euros por curso escolar.

Presupuesto total del coste de cada lote para el Ayuntamiento: 633.086,52 euros.

Cofinanciación: Sí, Convenio con la Comunidad de Madrid y Decreto 28/2019 que establece la gratuidad en concepto de escolaridad en el tramo de Educación Infantil para las familias, teniendo que abonar solo los conceptos de comedor y horario ampliado.

(...)"

El punto 18 de la cláusula primera señala sobre la subcontratación:

“18.- Subcontratación:

Conforme a lo establecido en la cláusula 26 de este pliego. La única prestación accesoria susceptible de subcontratación es el servicio de limpieza y en situaciones excepcionales, el servicio de comedor (catering) ante situaciones de urgencia (p.e. avería de las instalaciones de cocina). Deberá indicarse si el licitador tiene previsto subcontratar este servicio, señalando el importe y nombre o perfil del subcontratista”.

Las concreciones anteriores figuran también en la Memoria justificativa publicada en la misma Plataforma el 9 de octubre.

Y en fechas 9 y 10 de octubre se publica en la Plataforma la información actualizada del persona subrogable en aplicación del “Convenio colectivo de ámbito estatal de asistencia y educación infantil”. Este personal viene desglosada en las siguientes conceptos: categoría profesional, titulación, antigüedad, tipo de contrato, fecha fin de contrato, jornada, complemento específico, complemento personal, salario anual, gastos seguridad social situaciones. Distinguen las tablas no nominativas entre géneros.

Cuarto.- En fecha 11 de noviembre a requerimiento de la Secretaría, conforme al artículo 56 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) se recibe el expediente e informe preceptivo del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 recurrente está legitimada para interponer el recurso, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, por cuanto es una asociación representativa de intereses sociales y económicos, en cuyos Estatutos que acompaña figura la representación y defensa de los intereses del sector de las escuelas infantiles de gestión indirecta en el ámbito de la Comunidad de Madrid y de las organizaciones dedicadas a ello.

Tercero.- El presente recurso se presenta el 28 de octubre dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la publicación de los Pliegos, el 9 de octubre, tal y como expresa el artículo 50.1. b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra los pliegos del contrato, siendo pues un acto recurrible conforme al artículo 44.2. a) de la LCSP y en un contrato de importe superior a 100.000 euros (artículo 44. 1. a).

Quinto.- El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 100 de la LCSP, por no ser los precios adecuados a mercado y por el incumplimiento de las obligaciones formales del mismo.

Se impugna también que el coste de las tres escuelas infantiles sea idéntico.

En tercer lugar, que el PCAP no contempla la obligación de cumplir el convenio colectivo, pese a que figura en la Memoria Justificativa.

El órgano de contratación realiza una contestación muy pormenorizada a un recurso especial en materia de contratación, más allá de su propio contenido, donde en gran medida se transcribe la información de los Pliegos que hemos consignado en el antecedente tercero. Afirma:

1) Que las tablas de personal, que no menciona el recurrente, ya

contienen toda la información desglosada del personal subrogable conforme a los requerimientos del artículo 100 de la LCSP.

- 2) El desglose del presupuesto figura en el Pliego, tal y como hemos recogido en el antecedente segundo.
- 3) Justifica que el presupuesto de las escuelas sea igual, en función de los módulos en que se estructura.
- 4) Que la plantilla a contratar viene determinada por las necesidades de personal que exige la ejecución del contrato, y que se fija en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y no por la plantilla que resulte del personal a subrogar. Señala que la Administración contrata servicios, no plantillas y que si a lo largo de la ejecución de un contrato que responde a una necesidad permanente se pone de manifiesto que la plantilla es excesiva sería ilógico incluirla toda para garantizar la subrogación en bloque de la misma. Subraya que la previsión de subrogación de la normativa laboral no vincula a la Administración a la hora de definir las necesidades a satisfacer, siendo materia ajena a la contratación administrativa si efectivamente las necesidades de plantilla son equivalentes o inferiores a la misma. Cita doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, concretamente la Resolución 440/2016.

El artículo 100 de la LCSP establece: *“Artículo 100. Presupuesto base de licitación.*

1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal

efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

A juicio de este Tribunal, vista la exhaustiva información transcrita en el antecedente tercero junto con la publicación del personal subrogable resulta difícil afirmar que no se hayan cumplido las obligaciones formales transcritas, ni siquiera las relativas a la distinción de géneros.

Que el presupuesto de las escuelas sea igual se desglosa claramente en el informe en su distribución por módulos.

La obligación de cumplir el convenio colectivo figura en la cita del mismo en el propio encabezado del personal subrogable.

Por otra parte que el presupuesto no sea capaz de cubrir los costes no se acredita en absoluto y es poco compatible con la existencia de nueve licitadores.

No se deduce lo contrario del Pliego, pero la norma no obliga a subrogarse en todo el personal (algunos, según las listas, incluso finalizaron contrato en junio y julio). Como hemos sostenido reiteradamente esta es una cuestión laboral, ajena a la contratación administrativa.

Tal y como este Tribunal ha establecido en su Resolución nº 46/2018 de 7 de febrero: *“El coste de personal necesario según el PPT para cumplir la prestación a realizar supone un coste inferior al presupuesto de licitación según los cálculos realizados por el órgano de contratación sin que sea determinante el coste del personal a subrogar independientemente de la prestación que se ha de realizar por*

la adjudicataria como pretende la recurrente. Como hemos señalado la obligación de subrogación y mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores no implica necesariamente el mantenimiento en el propio servicio, sino que la empresa adjudicataria dentro de su libertad para gestionar los recursos humanos realizará la gestión más adecuada de los mismos y valorará los costes de la opción que considere más ventajosa.

Debe rechazarse también la pretensión de que el PCAP imponga la obligación de que la nueva adjudicataria no se subroge en el exceso de personal sobre el necesario según el PPT. Como reiteradamente hemos sostenido la subrogación de personal y la relación de los trabajadores con el empresario es una cuestión ajena a la contratación pública, que solo procede en los términos del Estatuto de los Trabajadores o cuando está prevista convencionalmente. Es la negociación colectiva y el convenio sectorial el ámbito de establecer esta obligación y no el ámbito contractual”.

Y la Resolución nº 440/2016 de 3 de junio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: *“La problemática de la subrogación de los trabajadores ha dado lugar a gran número de recursos y resoluciones del Tribunal y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuya cita resultaría inagotable. Valga como ejemplo la reciente Resolución nº 308/2016. La doctrina establecida -dejando al margen singularidades- se puede sintetizar del siguiente modo:*

1º. La obligación de subrogación no nace del contrato administrativo, sino de la legislación laboral o convenio colectivo del sector.

2º. En esos supuestos, el artículo 120 TRLCSP obliga a dar la información suficiente para que los licitadores puedan, en condiciones de transparencia e igualdad, confeccionar sus ofertas.

3º. La previsión de subrogación prevista en la legislación laboral o convenios no vincula a la Administración a la hora de definir el contenido de la prestación a contratar.

(...)

Así las cosas, si el pliego prevé la subrogación y ésta viene establecida en el convenio colectivo del sector, el alcance de la obligación del artículo 120 TRLCSP es facilitar la información sobre las condiciones de los trabajadores a los que pueda

afectar la subrogación que no tiene necesariamente que corresponder con el personal que el órgano de contratación precisa para la prestación del servicio que se licita. El órgano de contratación debe, ante la apariencia de subrogación establecida en el convenio colectivo, incluir la información. El concreto alcance de la subrogación y las cuestiones relativas a los trabajadores que en dicho ámbito no vayan a prestar parte efectivamente en la prestación del servicio por la definición que del mismo ha realizado la Administración, queda fuera del ámbito de la contratación y debe ser ventilada de acuerdo con las normas laborales y en su ámbito”.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de Asociación Madrileña de Escuelas Infantiles de Gestión Indirecta (AMEIGI) contra los Pliegos del “Servicio educativo público de las Escuelas infantiles “Campanilla”, “Las Flores” y “Sueños”, curso 2020-2022 del Ayuntamiento de Alcorcón”.

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 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.