

**Recurso 264/2016****Resolución 10/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de enero de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los **Comités de empresa de la entidades AIRES CREATIVOS, S.L. y CELEMIN & FORMACIÓN, S.L., la ASOCIACIÓN MONITORES DE EDUCACIÓN ESPECIAL DE SEVILLA Y PROVINCIA y el colectivo de trabajadores afectados por el pliego**, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar a los alumnos/as con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla, dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Lotes 1 y 2” (Expte. 00175/ISE/2016/SE), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 5 de octubre de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de



Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 244 de 8 de octubre de 2016, finalizando el plazo de presentación de proposiciones el 9 de noviembre de 2016.

Posteriormente, mediante resolución de 4 de noviembre de 2016, el órgano de contratación acuerda determinadas correcciones de los Anexos I "Plazo de ejecución" y I-A "Relación de lotes" del pliego de cláusulas administrativas particulares, publicándose las mismas en el perfil del contratante el mismo 4 de noviembre, ampliándose la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones al 14 de diciembre de 2016. Asimismo, el órgano de contratación manifiesta y acompaña documentación acreditativa de haber remitido dicha resolución para su publicación como modificación al Diario Oficial de la Unión Europea, no constando en la documentación remitida a este Tribunal la efectiva publicación en dicho diario oficial.

El valor estimado del contrato es de 4.588.380,00 euros.

**SEGUNDO.** El 8 de noviembre de 2016, se presentó por los Comités de empresa de la entidades AIRES CREATIVOS, S.L. y CELEMIN & FORMACIÓN, S.L., la ASOCIACIÓN MONITORES DE EDUCACIÓN ESPECIAL DE SEVILLA Y PROVINCIA y el colectivo de trabajadores afectados por el pliego (en adelante las recurrentes) recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato citada en el encabezamiento. En su escrito las recurrentes solicitan además la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

**TERCERO.** El 28 de octubre de 2016, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de adjudicación y un listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.



La citada documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 8 de noviembre de 2016, salvo el listado de licitadores que, previa petición, fue remitido el 15 de diciembre de 2016, una vez expirado el plazo de presentación de proposiciones.

**CUARTO.** Con fecha de 24 de noviembre de 2016 este Tribunal acordó adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por las recurrentes.

**QUINTO.** La Secretaría del Tribunal, el 19 de diciembre de 2016, concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, resultando que no se ha recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de las recurrentes para la interposición del presente recurso especial.

En relación al colectivo de trabajadores afectados por el pliego, estos no han sido identificados como tales ni se ha acreditado por la persona que interpone el recurso la representación que ostenta respecto de los mismos, por lo que ha de inadmitirse la legitimación de dicho colectivo para la interposición del presente recurso.



Con respecto a los Comités de empresa de la entidades AIRES CREATIVOS, S.L. y CELEMIN & FORMACIÓN, S.L. y a la ASOCIACIÓN MONITORES DE EDUCACIÓN ESPECIAL DE SEVILLA Y PROVINCIA, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, señala que:

*“1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.”*

Sobre la legitimación activa de las Asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, así como sobre la de los Comités de empresa (v.g. Resolución 85/2014, de 15 de abril), en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos tanto por la Asociación de monitores como por los Comités de empresa. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.



Como ya se ha indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos que rigen la presente licitación y ello fundamentalmente por entender que el presupuesto de licitación no está correctamente calculado al ser inferior al precio de valor de mercado, concluyendo que el contrato resulta inviable económicamente y que conculca, por tanto, los principios y garantías establecidas en el TRLCSP.

En este caso, los Comités de empresa representan a los trabajadores de las empresas que prestan el servicio actualmente, por lo que es evidente que, de no producirse la subrogación o hacerlo en condiciones diferentes a las que ahora tienen, se verán afectados en su esfera de intereses.

En este mismo sentido, en cuanto a la Asociación de monitores debemos indicar que entre las funciones que implica su objeto social, según sus estatutos, está la de *"Mejorar las condiciones laborales y luchar por el cumplimiento de nuestros derechos"*.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostentan los Comités de empresa y la Asociación de monitores en el ejercicio de la representación y defensa de sus representados y asociados, debiendo reconocerse legitimación a las mismas al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos y contratos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 4.588.380,00 euros, y el objeto del recurso son los pliegos que rigen la licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1 y 2 del TRLCSP.



**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*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.”*

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 8 de octubre de 2016, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso en el Registro de este Tribunal el 27 de octubre de 2016, aquel se presentó dentro del plazo legal indicado.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se declare la anulación de la licitación y se acuerde la retroacción de actuaciones en orden a la fijación de un presupuesto de licitación acorde con las circunstancias del mercado.

En su pretensión la recurrente denuncia fundamentalmente que se ha vulnerado el artículo 87 del TRLCSP, ya que el presupuesto base de licitación establecido en los pliegos no es adecuado a los valores del mercado, al no cubrir los costes que según ella se derivan del servicio.



Alega la recurrente que, de acuerdo con lo establecido en las tablas salariales, publicadas en el Boletín Oficial del Estado núm. 246 de 30 de septiembre de 2015, para los años 2015 y 2016 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, de aplicación según consta en la cláusula 5.1 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), el salario por hora es de 8,34 euros. Así pues, señala la recurrente, si aplicamos los criterios del convenio, el precio del coste de personal sería para el lote 1 de 545.321,89 euros y de 1.972.116,40 euros para el lote 2, muy por encima de lo presupuestado en ambos lotes (495.900 para el 1 y 1.798.290 para el 2).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que los cálculos realizados por la recurrente presentan un error en su planteamiento al haber estimado un número de horas anuales necesarias para este contrato sobre la base de multiplicar el número de horas semanales que se indican en el Anexo I-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) por el número de semanas que contiene un año -52,14 semanas-, cuando en realidad los cálculos estimados para este contrato están elaborados sobre la base de 36 semanas anuales que es el período máximo lectivo en el que se desarrolla el período de ejecución del contrato (1 año), al no considerarse como lectivos los periodos de vacaciones de navidad, semana santa, y las semanas de los meses de junio, julio, agosto y septiembre en las que no existe actividad lectiva y por tanto no se presta el servicio, todo ello de conformidad con lo establecido en el Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios.

Manifiesta el informe al recurso que como consecuencia de ello todos los cálculos posteriores referidos a los costes laborales del contrato o a la insuficiencia del precio de licitación van arrastrando este error al ser el número de horas totales sobre las que el recurrente hace el cálculo de la ejecución del contrato mucho mayor que las determinadas en los pliegos para este servicio.



Concluye el órgano de contratación que en esta licitación el precio unitario por monitor es de 14,50 euros por hora, teniéndose en cuenta para su determinación el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas del convenio colectivo de referencia (salario mensual, seguridad social, pagas extraordinarias, vacaciones), el resto de obligaciones empresariales que recoge el pliego para la adecuada gestión del contrato, un porcentaje apropiado para partidas de gastos directos e indirectos del contrato que permitan su ejecución, así como un beneficio industrial suficiente que haga viable económica y financieramente la ejecución del mismo.

**SEXTO.** Vista las alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del asunto en el que la recurrente denuncia que el presupuesto base de licitación establecido en los pliegos no es adecuado a los valores del mercado, al no cubrir los costes que según ella se derivan del servicio.

Procede partir para el examen de esta cuestión del Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios, aludido por el órgano de contratación. En él se establece como periodo no lectivo, al menos, los meses de julio y agosto, los últimos días de junio y los primeros de septiembre y las vacaciones de navidad y semana santa, por lo que los cálculos efectuados por el órgano de contratación de 36 semanas lectivas se ajustan a lo determinado en el citado Decreto.

Así pues, partiendo para el lote 1 de las 34.200 horas previstas en el pliego (950 horas semanales por 36 semanas lectivas), al dividir las por 495.900 euros que es el importe total presupuestado para ese lote, arroja una cantidad de 14,50 euros la hora. Asimismo, para el lote 2 partiendo de las 124.020 horas previstas en el pliego (3445 horas semanales por 36 semanas lectivas), al dividir las por 1.798.290 euros que es el importe total presupuestado para ese lote, nos da una cantidad de 14,50 euros la hora.



Dicho importe de 14,50 euros por hora de monitor está muy por encima del salario por hora de 8,34 euros previsto en el convenio de aplicación, según manifiestan las propias recurrentes en su escrito de interposición.

Esa diferencia de 6,16 euros por hora de monitor, que representa un 73,86 % con respecto a los citados 8,34 euros -según los datos aportados por las propias recurrentes-, supone un margen más que suficiente para poder englobar el resto de los gastos necesarios para poder realizar la prestación.

Procede, pues, desestimar el alegato del recurso de que el presupuesto base de licitación establecido en los pliegos no es adecuado a los valores del mercado.

**SÉPTIMO.** Las recurrentes en su recurso afirman asimismo que el PCAP incumple la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, al no recoger ningún requisito para las empresas adjudicatarias de los servicios del cumplimiento del convenio colectivo aplicable, en este caso el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 9 de octubre de 2012).

Pues bien, este Tribunal, sin entrar a prejuzgar la afirmación de las recurrentes sobre la necesidad de que el PCAP haya de recoger tal exigencia, ha de señalar, como hace el órgano de contratación, que las propias recurrentes se contradicen cuando en el recurso transcriben el contenido de la cláusula 5.1 del PPT que exige al adjudicatario el compromiso de retribuir adecuadamente a todo el personal que preste el servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico, sin que pueda abonar a los profesionales un salario por debajo de la tabla salarial vigente y actualizada del XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de atención a personas con discapacidad (Resolución de 20 de septiembre de 2012 de la Dirección General de Empleo, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 243 de fecha 9 de octubre de 2012) o regulación que sustituya a la anterior, que será el



convenio de referencia y aplicación para todo el personal que preste el servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico.

Así pues, debe desestimarse también este motivo del recurso.

**OCTAVO.** Denuncian asimismo las recurrentes que en los pliegos tampoco se hace mención a la exclusión de las empresas adjudicatarias del mismo servicio en convocatorias anteriores que sistemáticamente han vulnerado los derechos de los trabajadores, como las empresas que incumplen las tablas salariales.

Sobre este particular en los artículos 60 y 61 del TRLCSP se recogen los supuestos en los que se prohíbe contratar con el sector público así como el procedimiento para la declaración de dicha prohibición y sus efectos.

Por su parte, la cláusula 8 del PCAP dispone que para poder concurrir a la licitación, en el momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, las personas licitadoras deberán cumplir una serie de requisitos, y entre ellos, el que no estén incurso en alguna de las prohibiciones de contratar que señala el artículo 60 del TRLCSP.

Así pues, en el supuesto examinado se cumple con las exigencias legales relativas a las prohibiciones de contratar, por lo que nada ha de objetarse sobre ello.

Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

**NOVENO.** Por último, las recurrentes dentro del escrito de interposición del recurso y con carácter accesorio al mismo, denuncian que las funciones que se incluyen entre las que debe desarrollar el personal afectado por el pliego exceden con mucho las propias del personal educativo, pues a su juicio se recogen funciones que resultan ser propias del personal sanitario.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el objeto del contrato de referencia es el de apoyo y asistencia para alumnado con necesidades educativas de apoyo específico, determinándose en la cláusula 4 del PPT cuáles son esas funciones de apoyo y asistencia, que tienen su sustento en lo establecido en el convenio colectivo de aplicación -XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de atención a personas con discapacidad (Boletín Oficial del Estado núm. 243 de fecha 9 de octubre de 2012)-, para la categoría del personal que presta sus servicios dentro de este contrato, indicándose en dicho convenio que el personal complementario auxiliar *“Realiza las funciones de atención física, psíquica y social, en la vida diaria al alumnado mediante estrategias y procedimientos más adecuados para mantener y mejorar la autonomía personal y la relación con el entorno. Se incluirán dentro de este grupo los siguientes puestos de trabajo. 1. Educador de educación especial - Auxiliar técnico educativo de centros educativos”*.

En cualquier caso, manifiesta el informe al recurso que se desconoce qué funciones, a juicio de las recurrentes, son las propias del personal sanitario, pues no se señalan ni especifican en el recurso, y que en aquellas funciones que pudieran tener una relación más directa con ese tipo de contenidos sanitarios y que están especificadas en el apartado b) de la cláusula 4 del PPT, como de “Salud y seguridad”, se expresa en todas ellas que serán aquellas situaciones que puedan ser atendidas por personal no cualificado desde el punto de vista sanitario.

Pues bien, de las funciones que se describen en la cláusula 4 del PPT, solo las relativas al apartado “Salud y seguridad” podrían albergar alguna duda en cuanto a que las mismas hubiesen de realizarse por personal sanitario, como denuncian las recurrentes.

Dice así dicho apartado de “Salud y seguridad”: *«colaborando si es factible, con la familia y con el Equipo de Integración y Apoyo del Centro en los programas para lograr y mantener las condiciones de salud y seguridad más idóneas para el alumnado, controlando en su caso situaciones que pueden ser atendidas por personal no cualificado desde el punto de vista sanitario por ser habitualmente realizadas por el propio paciente y/o su familia tras una formación básica, como por ejemplo: control glucémico del alumnado afecto de diabetes y, en*



*su caso, administración de insulina, administración de otro tipo de fármacos (Ej.; antitérmicos, antiálgicos, inhaladores...), cambio bolsas colostomía, etc. Así como situaciones que deben ser atendidas por personal no cualificado desde el punto de vista sanitario por ser de carácter urgente y no permitir la espera a la llegada de profesionales del SSPA como: Administración de enemas en caso de crisis convulsivas y atención respiratoria al alumnado ventilodependiente y / o traqueotomizado.»*

Como se puede comprobar, y así se señala por el órgano de contratación en su informe al recurso, el PPT solo se refiere a funciones de contenido sanitario que puedan ser atendidas por personal no cualificado desde ese punto de vista.

Procede, pues, desestimar este último motivo y el recurso en su integridad.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los **Comités de empresa de la entidades AIRES CREATIVOS, S.L. y CELEMIN & FORMACIÓN, S.L. y la ASOCIACIÓN MONITORES DE EDUCACIÓN ESPECIAL DE SEVILLA Y PROVINCIA**, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar a los alumnos/as cn necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla, dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Lotes 1 y 2” (Expte. 00175/ISE/2016/SE), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación.

Inadmitir el interpuesto por el colectivo de trabajadores afectados por el pliego, por falta de legitimación al no haberse identificado como tales ni acreditarse por la persona que interpone el recurso la representación que ostenta respecto de los mismos.



**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en Resolución de 24 de noviembre de 2016.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

