



Roj: **STSJ M 2674/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:2674**

Id Cendoj: **28079330032015100119**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/02/2015**

Nº de Recurso: **939/2013**

Nº de Resolución: **101/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0018428

Recurso número 939/2013

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés (FAD)

Procuradora: Doña María de Rosario Martín-Borja Rodríguez

Demandado: Ayuntamiento de Leganés

SENTENCIA n° 101

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendas

En la ciudad de Madrid, a 20 de febrero del año 2015, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña María de Rosario Martín-Borja Rodríguez , actuando en representación de la Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés (FAD) contra el Acuerdo de fecha 3 de julio de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso interpuesto por la recurrente contra la adjudicación realizada por el Ayuntamiento de Leganés del contrato denominado " Servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés".

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por el recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.



SEGUNDO.- El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- No habiéndose solicitado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 11 de febrero del año 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Procuradora Doña María de Rosario Martín-Borja Rodríguez, actuando en representación de la Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés (FAD), interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de fecha 3 de julio de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso interpuesto por la recurrente contra la adjudicación realizada por el Ayuntamiento de Leganés del contrato denominado " Servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés" .

La recurrente, que tomó parte en el concurso convocado para la contratación del servicio mediante procedimiento abierto, solicita la nulidad de la Resolución recurrida y que se reconozca que ha existido arbitrariedad y errores en la valoración de las ofertas presentadas por el Técnico del Área de Discapacidad y la Mesa de Contratación y que se anule la adjudicación realizada a la Fundación AMAS SOCIAL, realizándose la adjudicación a su favor por haber obtenido más puntos en la licitación, por incremento de puntos por ampliación de plantilla, y por disminución de puntos de la licitadora Fundación AMAS SOCIAL en la parte de ampliación de plantilla correspondiente a Doña Salvadora y en la de mejora de formación de los trabajadores por no estar relacionada con las funciones a desarrollar; subsidiariamente solicita se decrete la anulación de la adjudicación y la retroacción del proceso de adjudicación al momento de valoración de los criterios objetivos de adjudicación, ordenando la repetición de la valoración, valorando como ampliación de plantilla para ambas partes, ó solo la mejora de la cuidadora de obligada subrogación a la recurrente, con sus cursos formativos como mejora de formación y la invalidez a la hora de puntuar como ampliación de plantilla a Doña Salvadora, y como mejora de formación sus cursos, con la reducción descrita en la oferta de AMAS SOCIAL en el apartado de mejora por formación, todo ello con expresa condena al Ayuntamiento de Leganés al pago de las costas y los daños y perjuicios a ella ocasionados.

SEGUNDO.- Para la correcta resolución del recurso hemos de partir de que la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés, en sesión celebrada el 5 de diciembre de 2012 aprobó el expediente nº 61/2012 para la contratación del servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que habían de regir el contrato, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de valoración.

La cláusula 13 del Pliego de Condiciones Técnicas estableció los siguientes criterios para la adjudicación del servicio:

(no se estableció como criterio el precio ya que éste venía marcado por la Comunidad de Madrid en función del número de plazas ocupadas y/ó reservadas) :

Sobre un máximo de 100 puntos, se adjudicaban los siguientes puntos:

CRITERIOS DE VALORACION AUTOMATICA. Máximo 65 puntos.

1.- Ampliación de la Plantilla : Máximo hasta 10 puntos.

Por la ampliación de la plantilla de personal de atención directa (trabajador social, psicólogo, educador, maestro, cuidador) 1 punto por cada media jornada contratada de cada uno de los profesionales hasta un máximo de 10 puntos.

2.- Mejora de la formación de los trabajadores: máximo hasta 20 puntos.

Formación del personal de atención directa a los usuarios. (Ampliación plantilla)

Computarán únicamente los cursos a partir de las 12 horas de formación. Por cada curso de formación realizado en relación a las funciones a desarrollar 0,5 puntos hasta un máximo de 15 puntos.

Por estar en posesión de la titulación específica de la formación profesional de jardinería y de cerámica, 2,5 puntos por cada una hasta un máximo de 5 puntos.

3.- Ampliación de oferta de actividades: máximo hasta 15 puntos.

4.- Ampliación de horario de atención: Máximo hasta 10 puntos



5.- Colaboración en la realización de prácticas de formación: Máximo hasta 10 puntos

B) CRITERIOS QUE DEPENDEN DE JUICIO DE VALOR Máximo hasta 35 puntos en que se valoraba el proyecto de desarrollo del servicio.

Presentaron su oferta al expediente, dentro del plazo establecido, la recurrente, Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés (FAD), y la Fundación AMAS SOCIAL.

En fecha 1 de febrero de 2013, la Mesa de Contratación designada al efecto, tras abrir el sobre 1 relativo a la documentación administrativa, procedió a abrir el sobre 2 A pasando la documentación a los servicios técnicos del Ayuntamiento para la emisión de informe, valorando ambas ofertas con 34 puntos en relación a los criterios que dependían de un juicio de valor, informe que fue asumido por la Mesa de Contratación.

El Técnico del Área de Discapacidad del Ayuntamiento fue encargado por la Mesa de Contratación para la emisión de informe en relación con los criterios de valoración automática, y ,tras diversas revisiones, valoró finalmente la oferta de la Fundación FAD con 49,5 puntos (valorando en lo que a esta litis interesa como mejora del personal a 2 maestros de taller a jornada completa lo que se valoró con 4 puntos y el apartado de "Mejora de la Formación de los trabajadores" con 10,50 puntos) y la de la Fundación AMAS SOCIAL con 52 puntos (valorando como mejora 1 cuidador a jornada completa y un educador/técnico de integración social a media jornada , mejora que se le valoró con 3 puntos , valorándose el apartado de "Mejora de la Formación de los trabajadores" con 14 puntos) , lo que sumado a los 34 puntos obtenidos por cada una de ellas por los criterios de valoración de juicio de valor supuso una puntuación total de 86 puntos para la Fundación AMAS SOCIAL y 83,5 puntos para la recurrente, siendo los informes técnicos asumidos por la Mesa de Contratación que propuso la adjudicación del contrato a la Fundación AMAS SOCIAL .

Finalmente, en Sesión Extraordinaria celebrada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés en fecha 28 de mayo de 2013 se aprobó la adjudicación del procedimiento abierto convocado para la contratación del servicio del centro ocupacional municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual. (Expte.61/2012) a la FUNDACION AMAS SOCIAL.

La recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha adjudicación por el único motivo de entender que se había valorado de forma errónea a un cuidador como ampliación de plantilla , alegando que tanto ella como la adjudicataria habían ofertado un cuidador más respecto a la plantilla mínima prevista en el PCT lo que, sin embargo, se valoró como cumplimiento de la obligación de subrogación para ella y como mejora para la adjudicataria ,solicitando ó bien que no se valorara la mejora propuesta a la adjudicataria ó bien que se le valorara a ella como mejora su compromiso de subrogación de la totalidad de los trabajadores que en la actualidad prestaban el servicio por lo que a la cuidadora que en su día fue objeto de mejora se refiere.

El TACP en el Acuerdo de fecha 3 de julio de 2013 , recurrido en esta litis, consideró que la valoración de la mejora ofertada por la adjudicataria (1 cuidadora) era conforme a derecho tanto a la vista del principio de igualdad como de las exigencias de los Pliegos que rigieron la adjudicación, por entender que la sola obligación de subrogación en el personal no podía valorarse como mejora - como pretendía el recurrente- y que la cuidadora a subrogar no fue ofertada como ampliación de la plantilla por la recurrente y sí por la adjudicataria , a lo que añade que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio de atención a personas con discapacidad intelectual en el Centro Ocupacional Municipal se derivaba del art 44 del Estatuto de los Trabajadores , ahora bien, una vez que los trabajadores subrogados pasaban a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, podía adscribirlos ó no al contrato indicado ó a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo , dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial cumpliendo la normativa laboral vigente, puesto que la subrogación implica la asunción ó sucesión del adjudicatario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral entre el empresario que viniera prestando el servicio y sus trabajadores, pero no significa que dicho personal deba de ser adscrito necesariamente a la prestación del servicio contratado, siendo así que ,en este caso concreto, la asunción de la obligación de subrogación de los trabajadores que vinieran prestando el servicio, que excedía en un trabajador de la plantilla mínima exigida en el PPT, no significaba que el trabajador "sobrante" debiera de ser necesariamente adscrito a la prestación del servicio objeto del contrato , por lo que el ofrecimiento del mismo (de igual forma que si se ofreciera un trabajador ajeno a la plantilla) podía ser valorado por el órgano de contratación como mejora, no siendo igual la situación de ambas licitadoras , por cuanto que una asume sin más el compromiso de subrogación de los trabajadores , y otra además, dentro de ese compromiso, ofrece la ampliación de la plantilla valorable como mejora, considerando, en definitiva, por todo ello el Tribunal de Contratación que la actuación del órgano de contratación era conforme a derecho y no se había vulnerado el principio de igualdad invocado por la recurrente.

TERCERO.- La recurrente, como primer motivo del recurso, reproduce el motivo alegado ante el TCAP relativo a que se ha producido una vulneración del principio de igualdad al valorar la mesa de contratación como mejora



respecto al mínimo exigido por el PPT a la trabajadora (cuidadora) propuesta por la Fundación AMAS SOCIAL y no para ella por entender que dicha trabajadora también estaba incluida en su oferta como consecuencia de la obligación de subrogación contenida en los Pliegos.

Respecto del motivo, hemos de decir, en primer lugar, que la recurrente prescinde por completo en la demanda de los razonamientos de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que hemos expresado con anterioridad, que por tanto no desvirtúa, y que ya anticipamos, esta Sala comparte plenamente.

La apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, que se ha dado un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, que tal diferencia de trato no tiene una fundamentación objetiva y razonable (SSTC253/1988 [RTC 198853], 261/1988 [RTC 198861], 90/1989 [RTC 19890], 68/1990 [RTC 19908]).

En el caso presente no se ha producido ninguna vulneración del principio de igualdad, ya que, a diferencia de lo que alega el recurrente, su oferta y la de la Fundación AMAS SOCIAL no eran iguales en relación a la mejora de personal en lo relativo a la oferta de la cuidadora.

El Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP), en relación a la documentación que debía de incluirse en el sobre 2- b referido a los "Criterios que dependen de una valoración automática", establecía lo siguiente:

"1.- Ampliación de la Plantilla. Se indicará cual será la plantilla de personal de atención directa y su ampliación de jornada según lo indicado en la cláusula 11 del Pliego Técnico.

2.- Mejora de la formación de los trabajadores. Formación del personal de atención directa a los usuarios. Se indicarán los cursos, titulaciones específicas y años de experiencia según lo establecido en la cláusula 13 A 2 del Pliego Técnico".

El PPT decía lo siguiente:

El personal mínimo de atención directa establecido en la cláusula 2 (apartado 2.4) del Pliego de Prescripciones Técnicas (que es el que la Comunidad de Madrid exige como mínimo para la prestación del servicio) era el siguiente: (*Según el Pliego como mínimo el personal requerido eran 12 personas*):

1 Director. Jornada completa. Titulación en dirección de centros.

1 Psicólogo. Jornada completa. Licenciado Psicología.

1 Preparador Laboral. Jornada completa. Técnico de grado.

1 Trabajador social. Media jornada. Diplomado en trabajo social.

3 Maestros de taller. Jornada completa. FP II.

2 Técnicos asistenciales. Jornada completa FP II.

1 Cuidador. Jornada completa. FPI.

1 Auxiliar administrativo. Jornada completa. FPI.

1 Limpiador. Media jornada.

Estableciendo la cláusula 30 del PCAP la obligatoriedad de que el contratista se subrogara como empleador de los trabajadores que se encontraban prestando el servicio objeto del contrato, especificándose en el Anexo I del PPT el personal existente en que se subrogaba el adjudicatario que eran:

3 Maestros de Taller con jornada completa

2 Cuidadoras con jornada completa

2 Educadoras con jornada completa

1 Psicólogo con jornada completa

1 preparadora laboral con jornada completa

1 Directora con jornada completa

1 Auxiliar Administrativo con jornada completa

y 1 trabajador social a media jornada

Las ofertas realizadas en relación a "Ampliación de la plantilla" proponían lo siguiente:



Fundación FAD 1.- Ampliación de Plantilla. La Fundación FAD, detalla a continuación la plantilla de personal de atención directa propuesta como ampliación a la plantilla, partiendo de la mínima establecida en la Cláusula 2 punto 4 del Pliego de Condiciones Técnicas

1 maestro de taller a jornada completa

1 maestro de taller a jornada completa

Por lo tanto el total de trabajadores, categoría y jornada propuestos son : 2 maestros de taller contratados a jornada completa cada uno de ellos"

Fundación AMAS SOCIAL : " 1º Propuesta de ampliación de plantilla. 1.- partiendo de la plantilla de ratios de personal mínimo a aportar al servicio manifestada en el punto 2.4 de la cláusula 2ª del Pliego de Prescripciones Técnicas, la cual contempla el requerimiento de profesionales para la prestación del servicio de centro ocupacional para 60 usuarios, procedemos a plantear nuestra oferta de ampliación de plantilla la cual se concreta en :

1 cuidador a jornada completa (ante el compromiso de subrogarnos en la plantilla existente actualmente en el centro ocupacional en los términos indicados en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, ofertamos por tanto 1 cuidador a jornada completa)

1 Educador / Técnico de Integración Social media jornada. Técnico con experiencia de trabajo directo en centro ocupacional con personas con discapacidad intelectual y contratación laboral indefinida Doña Salvadora .

De lo expuesto resulta que la oferta de la recurrente, partiendo de la mínima establecida en la Cláusula 2 punto 4 del Pliego de Condiciones Técnicas (que incluía solo 1 cuidador a jornada completa y no 2) proponía únicamente como personal de atención directa como ampliación a la plantilla 2 maestros de taller a jornada completa, mientras que la Fundación AMAS SOCIAL ofertaba como ampliación de la plantilla mínima establecida en el Pliego 1 cuidador a jornada completa y 1 Educador / Técnico de Integración Social media jornada.

En consecuencia ambas ofertas no eran iguales y, efectivamente, como consideró el TACP en el Acuerdo de fecha 3 de julio de 2013, asumiendo el criterio seguido por el Técnico de Discapacidad del Ayuntamiento y por la Mesa de Contratación el solo hecho de que existiera obligación de subrogación del personal no implicaba de forma automática que todo él fuera a destinarse a este contrato ni que no fuera necesario que en la proposiciones se especificara -partiendo del personal mínimo de atención directa establecido en la cláusula 2 (apartado 2.4) del Pliego de Prescripciones Técnicas - en relación a la "Ampliación de la Plantilla" cual iba a ser la plantilla de personal de atención directa y su ampliación de jornada, de hecho, en la relación de personal 1.15 de la oferta del recurrente que figura en el archivador nº 3 del expediente administrativo se relata con nombres, apellidos y titulaciones el personal que intervendrá en el servicio, figurando únicamente una cuidadora Doña Sandra y no dos, lo que contradice su propia interpretación ya que si entendía que la subrogación le eximía de la obligación de especificar como ampliación al personal subrogado no se entiende que no figure la segunda cuidadora en tal relación nominativa del personal que intervendría en el servicio , siendo así además que lo que en definitiva obligaba a la empresa en relación con el contrato era el personal mínimo que establecían los Pliegos , más el que se ofertara como mejora y no el personal a subrogar que podía mantenerlo ó no y en este caso la adjudicataria ,a diferencia de la recurrente, sí incluyó a la segunda cuidadora como mejora con lo que se comprometía a destinarla a la ejecución de este contrato y por ello se le valoró como mejora.

CUARTO.- Como segundo y tercer motivos de impugnación la recurrente plantea dos motivos que no fueron planteados en vía administrativa ni alegados en el recurso interpuesto ante el Tribunal de Contratación que son su disconformidad con la valoración realizada por la Mesa de Contratación en la oferta de la adjudicataria, como ampliación de personal de Doña Salvadora como Educador/Técnico de Integración Social a media jornada, por considerar que no presenta la titulación requerida de Técnico Superior en Integración Social ni la de Maestra en Educación Especial que la recurrente considera es la titulación específica para este tipo de población con diversidad funcional y por puntuarse en el apartado "Mejora de la formación de los trabajadores" con 14 puntos diversos cursos formativos realizados por Doña Salvadora que entiende no están relacionados con las funciones a desarrollar.

Los motivos tampoco pueden prosperar. Hemos de partir de que debe de reconocerse un cierto grado de discrecionalidad técnica a las mesas y a los órganos de contratación en la valoración de los aspectos de las ofertas que dependen de un juicio de valor lo que se fundamenta en una presunción iuris tantum de certeza y razonabilidad de su actuación, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar las calificaciones, de modo que sólo en el caso de que se demuestre la voluntad viciada del órgano (desviación de poder) o la existencia de errores palmarios y groseros, podrían anularse sus decisiones en lo que tienen de discrecionales.



En el caso presente, el Técnico del Área de Discapacidad del Ayuntamiento de Leganés, con el Vº Bº del Concejal Delegado de Asuntos Sociales, emitió un informe aceptado por la Mesa de Contratación y por el órgano de contratación, en que valoró como mejora en la oferta de AMAS SOCIAL la ampliación de personal en la persona de Doña Salvadora como Educador/Técnico de Integración Social a media jornada, aceptando su titulación de diplomada en Magisterio y valorando con 14 puntos los cursos formativos por ella realizados que consideraba estaban relacionados con las funciones a desarrollar y rechazando la posibilidad de puntuar otros por no estarlo ó no alcanzar el mínimo de horas exigidas.

Frente a ello la recurrente pretende, sin realizar actividad probatoria alguna, sustituir tal criterio técnico por el suyo propio, lo que no es posible, sin que por lo demás, podamos apreciar en este caso la existencia de errores palmarios ó groseros en la valoración técnica de los órganos municipales ni que se haya vulnerado lo dispuesto en los Pliegos que rigieron la convocatoria , por cuanto que al margen de que a la recurrente le parezca lo correcto que la persona propuesta como Educador/Técnico de Integración Social tenga la titulación de Técnico Superior en Integración Social ó de Maestra en Educación Especial , es lo cierto que los Pliegos establecían la obtención de 1 punto por cada media jornada contratada de personal de atención directa de cada uno de los profesionales (trabajador social, psicólogo, educador, maestro, cuidador) en que se ampliase la plantilla, y entre ellos se encontraban los educadores , no estableciendo cual era la titulación concreta que debían de tener por lo que la valoración como mejora de la ampliación de plantilla en Doña Salvadora que es diplomada en Magisterio no vulnera los Pliegos, tampoco lo hace la valoración que se ha realizado de sus cursos de formación que no puede afirmarse, sin más, como pretende el recurrente que no tengan relación con las funciones a desarrollar .

En consecuencia, el recurso debe de ser íntegramente desestimado.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el art. 139. 1 de la LJCA , la desestimación del recurso determina la condena en costas a la demandante, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto procede limitar su cuantía a 1500 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña María de Rosario Martín-Borja Rodríguez , actuando en representación de la Fundación para la Asistencia del Deficiente Psíquico de Leganés (FAD) , contra el Acuerdo de fecha 3 de julio de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que desestimó el recurso interpuesto por la recurrente contra la adjudicación realizada por el Ayuntamiento de Leganés del contrato denominado " Servicio del Centro Ocupacional Municipal destinado a la atención de usuarios con discapacidad intelectual del municipio de Leganés" a que esta litis se refiere , Resolución que confirmamos por ser ajustada a derecho , con expresa imposición de las costas a la parte demandante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia.

Notifíquese la presente Sentencia, haciéndose saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de diez días.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Dª. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.