

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

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Cultura Actex, S.L, contra el Decreto de Alcaldía 2022/3060, de 22 de junio de 2022, en virtud del cual se acordó la adjudicación del contrato “contratación del servicio de prestación y gestión del programa Coslada juega, a realizar en los colegios públicos de educación infantil y primaria en vacaciones escolares y días no lectivos”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, con fechas, respectivamente, 1 y 4 de marzo de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 1.132.133,65 de euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- Con fecha 29 de abril de 2022, se requirió a Cultura Actex, S.L. (en adelante Actex), la aportación de justificación que acredite el cumplimiento de las condiciones de la oferta presentada relativa al criterio social de creación de empleo.

Con fecha 3 de mayo de 2022, Actex presentó escrito de justificación del cumplimiento de las condiciones de la oferta presentada en el punto 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), relativo al criterio social consistente en la creación de empleo para personas jóvenes desempleadas.

Con fecha 12 de mayo de 2022, fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público Acta de la mesa de contratación de 6 de mayo en virtud de la cual se determinó que Actex *“No aporta ninguna información o documentación que justifiquen la propuesta de contratar 955 personas jóvenes desempleadas. Debido a que, de la documentación aportada por ambas empresas tras el requerimiento efectuado para su aclaración, no es posible discriminar las especialidades de contratación que se puntúan como mejora en el CCP, la mesa de contratación no puede interpretar esta circunstancia ni otorgar puntuación, debido a que no se puntúan todos los tipos de contrato sino solo un tipo de contrato, que no ha sido objeto de aclaración por las empresas tras el trámite concedido”*. En la misma sesión la mesa acuerda proponer la adjudicación del contrato.

Mediante Decreto de Alcaldía de 22 de junio de 2022, se acordó la adjudicación del contrato.

Tercero.- El 29 de junio de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

El recurso se fundamenta en la indebida valoración del criterio contenido en la Cláusula 18 del PCAP, referido a un criterio social valorado en un máximo de 10 puntos, cuya finalidad era la creación de empleo para personas jóvenes desempleadas.

Cuarto.- En fecha 5 de julio de 2022, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Sexto.- La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de la mesa se publicó el 23 de junio de 2022, presentándose el recurso el 29 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir el PCAP en su apartado 18:

“3.- CRITERIO SOCIAL: Creación de empleo para personas jóvenes desempleadas.

Se valorará con la máxima puntuación a la empresa licitadora que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato una mayor cuantía de personas jóvenes desempleadas. El resto obtendrá una puntuación decreciente y proporcional conforme a la siguiente fórmula:

$$P_i = (P_{Ji}/MPJ) \times 10$$

Siendo:

P_i=Puntuación obtenida por el licitador “*i*” a valorar.

P_{Ji}=Número de personas jóvenes desempleadas que se compromete a contratar el licitador “*i*” a valorar.

MPJ=Número de personas jóvenes desempleadas contenida en la mejor

oferta de los licitadores admitidos.

Puntuación máxima 10 puntos”.

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso en la indebida valoración de este criterio de adjudicación al que se le otorgó cero puntos porque de la documentación aportada por la empresa, tras el requerimiento efectuado para su aclaración, no es posible discriminar las especialidades de contratación que se puntúan como mejora en el CCP. Alega que la justificación para no valorar su oferta no solo es absolutamente abstracta al no indicar el tipo de contrato que presuntamente si sería objeto de valoración, sino que incluyó en este momento del expediente de contratación un nuevo requisito a efectos de obtener puntuación del criterio social que no aparece ni en el PCAP ni en el Pliego Prescripciones Técnicas (PPT) de la licitación.

Como se puede observar los Pliegos que rigen la licitación no establecían como requisito la necesaria contratación a través de un tipo determinado de contrato, sino que meramente era necesario el cumplimiento y respeto de las normas laborales y de lo dispuesto en los convenios colectivos siendo por ende la resolución contraria a derecho al determinar que la no aportó ninguna información o documentación que justifiquen la propuesta de contratar 955 personas jóvenes desempleadas. En el requerimiento de información efectuado en la resolución de 29 de abril de 2022, el Ayuntamiento de Coslada no especificó que documentación o información debía aportar para justificar la viabilidad de su oferta, y muchísimo menos, que fuese necesaria la aportación de documentos que acrediten la modalidad de contratación que iba a emplear para la contratación de dicho personal.

Por otro lado alega que el procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Coslada en la adjudicación del contrato, ha quebrantado los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico al no haber publicado los actos dictados a efectos de adjudicar el contrato desde el Acta de 12 de mayo de 2022, motivo que

de plano ha de conducir a la nulidad de todas las actuaciones administrativas posteriores dicha publicación incluida la comunicación del Decreto de Alcaldía nº 2022/3060 de 22 de junio de 2022, objeto del presente recurso.

Finalmente, alega falta de motivación de la resolución impugnada.

Por su parte, el órgano de contratación considera que ha de tenerse en cuenta que las contrataciones que sirven de criterio de adjudicación no son genéricas sino que resultan cualificadas con el criterio subjetivo de “*joven desempleado*”, que comporta al tiempo dos:

- Joven: (El concepto legal debe entenderse en relación con Sistema Nacional de Garantía Juvenil comprende jóvenes mayores de 16 y menores de 30, como un fichero en el que las personas jóvenes, inscritas con carácter voluntario, pasan a constituir una lista única de demanda a disposición de las entidades responsables de proponer las ofertas concretas).
- Situación legal de desempleo (definición que se encuentra en el artículo 267 del TRLGSS).

Por tanto, cuando se alude al tipo de contrato en la motivación del acuerdo, se dirige a poder justificar como cumplir esta condición subjetiva, por lo que no se trataba solo de demostrar cuantos contratos sino como demostrar cuales de estos cumplirán con la tipología exigida, es decir, “*tipo*” en el sentido de que se efectúen con jóvenes en situación legal de desempleo. Solo este tipo de cualificación subjetiva del personal que el contratista se compromete a adscribir era el puntuable, por tratarse de un concreto colectivo del que se presupone ser personas con especial dificultad de acceso al mercado laboral, conforme a la guía aprobada por el Ayuntamiento.

Por otro lado, manifiesta que la mesa no aplicó el procedimiento del artículo 149 de la LCSP, sino un trámite de solicitud de aclaración de la oferta, aunque es

cierto que pudo existir imprecisión o equivoco causado por el término de anomalía empleado en el informe del responsable. Se trataba de solicitar una aclaración técnica de la oferta ante la imposibilidad de interpretar la declaración realizada por el licitador.

Finalmente, considera que no puede admitirse tampoco indefensión alguna en relación con la información que sobre licitación se ofrece en el portal puesto que salvo el último acta de 21 de junio que ha sido subida con fecha 7 de junio, el resto o bien no resulta preceptiva su publicación (por ejemplo, el informe de fiscalización o el requerimiento previo a la empresa adjudicataria) o bien los acuerdos han sido objeto de notificación a todas las empresas a través del portal, incluida la ahora recurrente. La notificación de los acuerdos comprende el contenido sucinto de todos los actos administrativos que los fundamentan.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la valoración otorgada en el criterio controvertido es ajustada a Derecho.

En primer lugar, es necesario acotar el criterio de adjudicación de carácter social recogido en la Cláusula 18 del PCAP transcrito anteriormente, en el que se hace referencia de manera clara a *“Creación de empleo para personas jóvenes desempleadas”*. Los términos *“persona joven”* y *“desempleada”* deben entenderse en los términos señalados por el órgano de contratación en su informe (jóvenes mayores de 16 y menores de 30, como un fichero en el que las personas jóvenes, inscritas con carácter voluntario, pasan a constituir una lista única de demanda a disposición de las entidades responsables de proponer las ofertas concretas y Situación legal de desempleo (definición que se encuentra en el artículo 267 del TRLGSS). Por tanto se valorará exclusivamente en número de personas contratadas que reúnan esas características subjetivas.

La oferta realizada por el recurrente incluía incluye 955 personas, frente a las

18, 20 y 329 de las otras licitadoras. Atendiendo a la enorme diferencia cuantitativa existían dudas en el órgano de contratación sobre si el número indicado por la empresa podía ser referible únicamente al criterio social puntuable o se refería al número de contrataciones temporales en general. Ciertamente, el técnico que elaboró el informe, erróneamente manifiesta que se han de identificar como incurso en presunción de anormalidad del apartado 4.d) del artículo 149 LCSP porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia laboral, proponiendo que aclare su oferta respecto al criterio social mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. La Mesa de contratación acordó realizar el trámite propuesto.

Respeto a la posibilidad de solicitar aclaraciones de la oferta presentada procede traer a colación el criterio mantenido por el TACRC, coincidente con el de este Tribunal, en su Resolución 118/2021, de 12 de febrero: *“No existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).*

Lo que sí es posible es solicitar ‘aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público’ (Resolución 94/2013).

El Tribunal defiende que; ‘siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre,

entre otras)'.

Asimismo, indica que 'debe rechazarse una subsanación que comportaría una modificación de la oferta técnica claramente extemporánea y contraria a los principios de igualdad, inalterabilidad de las ofertas y transparencia'".

En el caso que nos ocupa, la recurrente ofertó respecto a este criterio social 955 puestos de trabajo, que en principio debían cumplir los requisitos exigidos en los pliegos (jóvenes desempleados). A la vista de dicha oferta el órgano de contratación le requiere para que *"justifiquen las condiciones de la oferta presentada en el punto 3 CRITERIO SOCIAL: Creación de empleo para personas jóvenes desempleadas, para la licitación del presente procedimiento, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos"*. A este requerimiento la recurrente responde al haciendo constar que su contestación se basa en una respuesta del órgano de contratación a la pregunta *"¿Cuál es el máximo de personas que cumplan el criterio de mejora social que se pueden ofrecer? para no equivocarnos y hacer los cálculos necesitamos que nos lo indiquen en la respuesta)*.

¿Pueden indicarnos cuál es ese número sin remitirnos a los pliegos? Necesitamos un número y una respuesta enviándonos a los pliegos puesto que si se realiza esa pregunta es porque en los pliegos no nos queda claro. Gracias". El órgano de contratación respondió *"En el punto 9 del pliego de prescripciones técnicas se refleja las obligaciones del adjudicatario, entre las que se incluyen los recursos humanos necesarios para la correcta prestación del servicio. En dicho punto se refleja:*

- Coordinador/a general del programa.*
- Coordinador/a por centro educativo.*
- Monitores de tiempo libre.*

Según el punto número 11 del pliego de prescripciones técnicas, se indica que el total de periodos vacacionales del primer periodo del contrato serán:

2 Vacaciones Verano.

1 Vacaciones Semana santa.

2 Vacaciones Navidad.

7 Días no lectivos.

En la tabla de desglose de precios unitarios máximos por modalidad de grupo y periodo se incluye el número de centros y el número de monitores de cada periodo.

- 1 Verano: 350 grupos a distribuir en 10 semanas de actividad. Cada grupo tiene un monitor/a. Se abren 6 centros educativos, cada uno con un coordinador/a de centro.

- 1 Navidad: 52 grupos, a distribuir en 2 semanas de actividad. Cada grupo tiene un monitor/a. Se abren 2 centros educativos, cada uno con un coordinador/a de centro.

- 1 Semana Santa: 26 grupos, a distribuir en 1 semana de actividad. Cada grupo tiene un monitor/a. Se abren 2 centros educativos, cada uno con un coordinador/a de centro.

- 7 días no lectivos: 105 grupos, a distribuir en 7 días no lectivos. Cada grupo tiene un monitor/a. Se abren 2 centros educativos, cada uno con un coordinador/a de centro.

De tal modo, que el número máximo de posibles jóvenes contratados procedentes del servicio de desempleo, dependerá de la duración del contrato por la empresa adjudicataria, según el resumen de recursos humanos que se acaba de detallar”.

En base a esta respuesta, la recurrente responde al requerimiento justificando 955 empleos (935 monitores y 20 coordinadores), sin que expresamente se haga constar que todos ellos cumplen el requisito del criterio social, a saber: joven en situación de desempleo.

De la doctrina señalada anteriormente resulta evidente que la cifra señalada debe coincidir con la oferta inicial, ya que en otro caso se estaría modificando la

oferta, límite infranqueable en las aclaraciones de ofertas. En el caso que nos ocupa la cifra es coincidente, de tal modo que todo el personal necesario para la prestación del servicio (955) cumpliría los requisitos para su valoración del criterio social.

No obstante, esta circunstancia puede generar dudas tras las alegaciones del recurrente en el sentido de que *“la justificación para no valorar su oferta no solo es absolutamente abstracta al no indicar el tipo de contrato que presuntamente si sería objeto de valoración, sino que incluyó en este momento del expediente de contratación un nuevo requisito a efectos de obtener puntuación del criterio social que no aparece ni en el PCAP ni en el PPT de la licitación”*.

Como se ha señalado anteriormente el criterio social de valoración se refiere a *“Creación de empleo para personas jóvenes desempleadas”*, es decir, los empleos deben tener unos requisitos subjetivos expuestos anteriormente, estar relacionado con Sistema Nacional de Garantía Juvenil y en situación de desempleo (El programa de Garantía Juvenil está dirigida a personas jóvenes en búsqueda de empleo que no se encuentren en situación de estudiar o formarse, ni trabajando por cuenta propia o ajena, y quieran lograr su inserción plena en el mercado laboral), sin que se generen dudas respecto a las características de los contratos de trabajo, por lo que no pueda acogerse la alegación del recurrente en cuanto a la introducción de un nuevo requisito para la valoración de las oferta. En la contestación al requerimiento realizado en ningún momento se concreta que los 955 empleos propuestos se refieran a contratos con las características señaladas.

Si se aplicase en sentido amplio el término *“joven desempleado”* podría incluirse circunstancias como la de un joven estudiante que se inscribe como parado para cumplir el requisito y participar en los campamentos en los periodos vacacionales y volver posteriormente a los estudios. No parece adecuado que un criterio social al que se le conceden 10 puntos esté previsto a estas situaciones.

Tampoco cabe acoger la alegación de falta de motivación, ya que basa en la indeterminación de cuántos contratos de los 955 propuestos cumplen los requisitos exigidos en los pliegos para valorar el criterio social controvertido.

Del mismo modo, no se aprecia que se haya producido un quebranto de los principios de nuestro ordenamiento jurídico al no haber publicado los actos dictados a efectos de adjudicar el contrato, ya que como señala el órgano de contratación, salvo el último acta de 21 de junio que ha sido subida en la fecha 7 de junio, el resto o bien no resulta preceptiva su publicación (por ejemplo, el informe de fiscalización o el requerimiento previo a la empresa adjudicataria) o bien los acuerdos han sido objeto de notificación a todas las empresas a través del portal, incluida la ahora recurrente.

Por todo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 Cultura Actex, S.L, contra el Decreto de Alcaldía 2022/3060, de 22 de junio de 2022, en virtud del cual se acordó la adjudicación del contrato “contratación del servicio de prestación y gestión del programa Coslada juega, a realizar en los colegios públicos de educación infantil y primaria en vacaciones escolares y días no lectivos”.

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.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.