

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

En Madrid, a 1 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.N., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre (EDUCATIA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Programa de actividades extraescolares y complementarias con un enfoque de género y de sostenibilidad ambiental y social, en los ocho centros públicos de Educación Infantil y Primaria del Distrito de Chamartín, durante los cursos escolares 2016-2017 y 2017-2018”, número de expediente: 300/2016/00012, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de 22 de abril de 2016, de la Coordinadora del Distrito de Chamartín se convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el perfil de contratante y en el BOCM de fecha 6 de mayo. El valor estimado asciende a 345.984 euros.

Segundo.- El 23 de mayo de 2016 tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre (EDUCATIA) en el que solicita que se declare:

“1.- Que no procede la aplicación del Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 que refiere el PCAP, en su Anexo I, objeto de licitación del contrato impugnado, ni siquiera de modo parcial la aplicación de ese Convenio Colectivo y en referencia a las retribuciones de los trabajadores.

2.- Que procede únicamente la aplicación del II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural a los servicios objeto de licitación del contrato impugnado por entrar dentro del sector de actividad de este Convenio Colectivo.

3.- Que, en consecuencia, deben anularse los Pliegos del referido contrato administrativo y proceder a nueva licitación teniendo en cuenta que, a los servicios objeto de licitación del contrato impugnado, únicamente le es de aplicación el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural”.

El 26 de mayo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 (en adelante TRLCSP).

Tercero.- Con fecha 25 de mayo de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

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 recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de los intereses colectivos de las empresas de educación, cultura y tiempo libre *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP). Entre los fines estatutarios de la Asociación EDUCATIA figura *“representar a sus miembros en la defensa de cualesquiera intereses individuales y colectivos derivados del objeto de su actividad enmarcado en los fines de la presente asociación así en sus actividades económicas, sociales, laborales, de interlocución social, de negociación colectiva, y de cualquier clase o naturaleza ante las autoridades administrativas, judiciales, tanto españolas como extranjeras”*.

La Asociación adjunta al recurso autorización al firmante del recurso para su interposición, firmada por el Presidente de la Asociación, a quien según el artículo 27 de los Estatutos corresponde representar a la Asociación y realizar en su nombre toda clase de actuaciones judiciales o extrajudiciales.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la publicación de la licitación se realizó el 6 de mayo, interponiéndose el recurso el 23, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto a la recurribilidad del contrato cabe recordar que el objeto del mismo se incluye en el PCAP en la categoría 24 del Anexo II del TRLCSP.

Según lo establecido en el artículo 2 la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que al no haber sido transpuesto dentro de plazo tiene efecto directo, tal como consideró el documento elaborado por los Tribunales administrativos de recursos contractuales el 1 de abril de 2016 y la Recomendación

1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, el objeto del contrato es una prestación tipificable como servicios sujetos a regulación armonizada por estar incluidos dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva.

Así, por ejemplo el Anexo I del TRLCSP, relativo a los contratos de obras, debe sustituirse desde el 18 de abril, por el Anexo II de la mentada Directiva. Sin embargo, no existe un anexo con una relación de contratos de servicios por categorías, de manera que la determinación de qué contratos de este tipo hay que considerar sujetos a regulación armonizada también habrá que realizarla de acuerdo con la Directiva, de manera que tendrán tal consideración los que estando regulados en la misma, tengan un valor estimado superior al umbral comunitario y no estén excluidos de su ámbito de aplicación, y no únicamente los que, teniendo un valor estimado superior a aquel umbral, están recogidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, que son los reconocidos por el artículo 16.1 del mismo. De manera que todos los contratos de servicios, con sus especialidades, quedan regulados en la nueva Directiva 2014/24/UE y están sujetos a regulación armonizada, según los umbrales que se establecen.

Cabe aún hacer una precisión en cuanto al grado de intensidad de aplicación de la Directiva. El pliego objeto del recurso se refiere a servicios de la categoría 24 del Anexo II del TRLCSP, CPV 80000000-4 servicios de enseñanza y de formación. El artículo 74 de la citada Directiva 2014/24/UE, establece que *“los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo XIV se adjudicarán de conformidad con el presente capítulo cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior al umbral indicado en el artículo 4, letra d)”* (750.000 euros), lo que implica un régimen algo menos estricto que para el resto de contratos de servicios con el pleno respeto a los principios de la contratación pública. En el mencionado Anexo XIV figuran los servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales, entre ellos los del código CPV 80000000-4 a que se refiere este pliego objeto del recurso, pero estos no alcanzan el umbral mínimo para tener la consideración de sujetos a la Directiva. En consecuencia, el contrato no

queda incluido dentro de los sujetos a regulación armonizada y no es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP. Procede, por ello comprobar si lo sería en virtud del apartado 1.b) del mismo artículo.

Tal como se indica en el documento sobre la aplicación de la Directivas europeas de contratación pública elaborado por los tribunales administrativos de contratación pública, la nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Así los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23/UE, modifican el ámbito de aplicación de la Directiva de recursos para incluir las concesiones de obras y servicios y también para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, cuando dichas decisiones hayan infringido el derecho de la Unión en materia de Contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. Como hemos visto, España no ha procedido a la adaptación de la legislación nacional en materia de contratos públicos dentro del plazo de transposición que venció el 18 de abril. Por tanto, de la redacción hay que resaltar que el objeto del recurso debe garantizar que al menos coincide plenamente con las materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Es decir, la Directiva de recurso obliga a los Estados miembros de la Unión solo a garantizar la vía de recurso en aquellos contratos que superen determinados umbrales. Como habíamos concluido el contrato al que se refieren los pliegos objeto del recurso no alcanzan los umbrales necesarios.

No obstante, a efectos de determinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso planteado debe tenerse en cuenta el estado actual de la legislación del recurso especial en materia de contratación. Así cabe considerar que el apartado 1.b) del citado artículo 40 establece que también serán objeto de recurso los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo

valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

Así el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público -marzo 2015-, en su disposición adicional trigésimo quinta, también hace coincidir el ámbito del recurso especial a las actuaciones relativas a los contratos y concesiones sujetos a regulación armonizada, o si se tratara de contratos administrativos especiales, cuando por su características no sea posible fijar su presupuesto de licitación, siendo posible que el Consejo de Ministros pueda ampliar los contratos en los que es posible formular recurso especial cuando resulte aconsejable atendidas las razones de índole económica o jurídica concurrentes.

La intención del legislador nacional ha sido hacer coincidir el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación con, al menos, el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación. Por eso el vigente artículo 40 admite como contratos objeto del recurso especial los sujetos a regulación armonizada y además lo amplía voluntariamente, como opción de la legislación nacional, a los de servicios de las categorías 17 a 27 que superen el umbral de 209.000 euros y a los contratos de gestión de servicios públicos en las condiciones del apartado c) del citado artículo 40.

El efecto directo de las Directivas de contratación pública admitido por la jurisprudencia de la Unión Europea es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares para hacer valer sus intereses frente a los poderes adjudicadores. Se excluye la posibilidad del efecto directo “horizontal” (invocado entre particulares) y, sobre todo, el efecto directo “vertical descendente”, es decir, que los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de *“evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”*

(STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, Portugás).

De lo expuesto puede concluirse que respecto de los contratos de servicios clasificados en la categoría 24 del Anexo II del TRLCSP los Estados miembros solo tienen la obligación de garantizar la existencia de un recurso rápido y efectivo como es el recurso especial en materia de contratación cuando superen el umbral de 750.000 euros. Sin embargo, el legislador nacional que no ha procedido a la transposición de la Directiva ha admitido la posibilidad de que sean susceptibles de recurso a partir del umbral de 209.000 euros, ampliando la posibilidad de recurso establecida en la Directiva. Se trata de una opción beneficiosa para la recurrente y en cuanto no se opone a la normativa comunitaria, no es posible aplicar efecto directo alguno de las directivas, procediendo en consecuencia aplicar lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP y admitir la posibilidad de recurso especial.

Quinto.- El objeto de este contrato de servicios es la implantación de un programa de actividades extraescolares y complementarias en los ocho CEIPs de Chamartín, durante los cursos escolares 2016-2017 y 2017-2018, respondiendo a las demandas de las familias y ofreciendo instrumentos que permitan la conciliación con el necesario apoyo social, además de incluir una perspectiva de género que sirva para eliminar desigualdades entre los sexos y que contribuya a la prevención de la violencia machista en todas sus manifestaciones.

El PCAP, recoge una pluralidad de criterios para la adjudicación: así, en su número 1 pondera hasta 25 puntos sobre el criterio de la calidad técnica del proyecto. En cuanto al resto de puntos, se reparten de la siguiente forma:

“- Criterios valorables en cifras o porcentajes:

Número. Descripción del criterio. Ponderación

1 Oferta económica: Hasta 35 puntos

2 Cumplimiento del convenio en materia de retribuciones: Hasta 30 puntos

3 Propuestas de mejora: Hasta 10 puntos

TOTAL: 75 puntos”.

Sobre ese número 2, acerca del cumplimiento del convenio en materia de retribuciones, al que se atribuyen hasta 30 puntos para la adjudicación del contrato, pasa a describirlo a continuación con el siguiente contenido:

“Número 2.- Descripción del criterio: cumplimiento del Convenio en materia de retribuciones y mantenimiento de las condiciones de las personas trabajadoras que presten el servicio durante la vigencia del contrato, ya que implica mayores ventajas para la prestación objeto del mismo y añade valor al servicio teniendo en cuenta que el componente mano de obra es esencial en este caso. La calidad de las actividades extraescolares tiene relación directa con el vínculo que se establece entre el alumnado y los profesionales que imparten los talleres.

Ponderación: 30 puntos.

Se otorgarán 3,75 puntos (hasta un máximo de 30) por cada persona trabajadora, vinculada al proyecto, a la que se comprometan a aplicar el Convenio Colectivo Estatal de acción e intervención social vigente (o el texto que le sustituya) durante toda la vigencia del contrato en lo relativo a retribuciones (en lugar del exigible legalmente que sería el Convenio Colectivo Marco Estatal de ocio educativo y animación sociocultural).

Deberán aportar Declaración responsable del compromiso firmada por el representante de la sociedad, especificando el número de personas trabajadoras a las que le aplicarán este Convenio”.

Es decir, para la selección de la oferta económicamente más ventajosa se tendrá en cuenta que las retribuciones que el adjudicatario se compromete a pagar a cada persona vinculada al proyecto sean superiores a las del convenio aplicable y, en concreto alcancen las cuantías del Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social.

No corresponde al Tribunal pronunciarse sobre el convenio colectivo aplicable a una relación laboral, en concreto a la derivada de la ejecución del contrato. Por tanto, en una primera aproximación no puede pronunciarse sobre la petición contenida en el recurso de que se declare que no procede la aplicación de un

convenio determinado o únicamente aplicable el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Se trata de una competencia propia de la jurisdicción laboral. Sí procede en cambio analizar si dicho criterio de adjudicación es admisible conforme a la legislación de contratación del sector público o por el contrario procede su anulación y la consiguiente del procedimiento de adjudicación.

Los servicios objeto de licitación según reconoce el Anexo I del PCAP y ambas partes en los escritos de recurso e informe, entran dentro del ámbito funcional del II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural.

El criterio de adjudicación pretende valorar la aplicación a los trabajadores de una retribución distinta a la que está establecida en el Convenio Colectivo que se ha considerado de aplicación durante el plazo de su duración, por cada persona trabajadora vinculada al proyecto, concediendo por ello mayor puntuación, pero no específica ni pretende la aplicación de otro convenio distinto, premia con puntuación por cada persona que se voluntariamente se vincule mediante una declaración responsable del compromiso firmada por el representante de la sociedad con especificación del número de personas a las que les será aplicado ese Convenio Colectivo exclusivamente en materia de retribuciones.

Estima la recurrente que se comete infracción del artículo 37.1 de la Constitución Española e infracción de los artículos 3.1 b) y c) y 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por inaplicación del Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, en concreto, la no aplicación de su ámbito funcional.

Según el informe del órgano de contratación en el punto 20 del Anexo I del PCAP se incluyó como criterio valorable en cifras y porcentajes, el cumplimiento del convenio en materia de retribuciones, en aplicación del artículo 118 del TRLCSP que establece las *“Condiciones especiales de ejecución del contrato”*. La aplicación del

Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención social vigente, en lo relativo a las retribuciones, es un parámetro de valoración que no contradice lo establecido en el artículo 118 del TRLCSP y es compatible con el Derecho comunitario. Estas consideraciones de tipo social tienen como finalidad que la oferta presentada por el licitador no tenga posteriormente consecuencias en las retribuciones mínimas de los trabajadores y que se respeten los derechos laborales básicos. Dicho criterio se incluyó teniendo en cuenta el *“Decreto de 23 de septiembre de 2015 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se modifica la instrucción 3/2012 que establece las medidas a adoptar en relación con la contención del gasto en el ámbito de la contratación municipal aprobada por el Decreto de 26 de abril de 2012 de la Delegada del Área de gobierno de Hacienda y Administración Pública”*. Los motivos que llevaron a la modificación de la Instrucción 3/2012 fueron, entre otros, convertir la contratación pública en un instrumento que favorezca el desarrollo de una vida activa en un entorno adecuado para el bienestar de las personas, desarrollo que debe ser una de las prioridades de las políticas públicas y la contratación pública es uno de los mecanismos con que cuentan las Administraciones Públicas para la consecución de las políticas públicas, y el gasto comprometido en contratación por el Ayuntamiento de Madrid supone un peso económico importante, lo que evidencia las posibilidades que tiene la contratación pública para ser utilizada como instrumento para el ejercicio de políticas sociales. Asimismo el Ayuntamiento de Madrid informa que está elaborando Pliegos de Condiciones introduciendo cláusulas sociales que redunden en beneficio de los trabajadores que presten los servicios a la Administración, todo ello con la finalidad de alcanzar los objetivos con los exigibles estándares de calidad. El Ayuntamiento de Madrid aprueba por Decreto de 19 de enero de 2016, del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda la Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales. La citada Instrucción es de aplicación a los órganos de contratación a la hora de aplicar los criterios sociales en los diferentes expedientes de contratación. Actualmente, en las contrataciones públicas de servicios, se tiende a valorar que los trabajadores tengan mejoras salariales, por ello es un criterio de adjudicación, y va en detrimento de la

puntuación otorgada a la oferta económica. Seguidamente cita en apoyo de su tesis los pliegos del contrato de servicios para la protección y seguridad de los edificios dependientes del distrito de Chamartín, que contenían como criterio de adjudicación la aplicación en materia de retribuciones del convenio sectorial estatal, contra los que se interpuso recurso especial en materia de contratación por una patronal del sector, dictándose por este Tribunal la Resolución 16/2016, de 3 de febrero, desestimatoria del recurso.

El ET recoge, como fuente de la relación laboral *en el artículo 3:*

“1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.*
- b) Por convenios colectivos.*
- c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.”*

En cuanto a los convenios colectivos el artículo 82 del ET establece:

“1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (...).”

Está claro que el Ayuntamiento de Madrid no puede alterar el orden de fuentes del derecho laboral ni la negociación colectiva que corresponde a empresarios y trabajadores, ni modificar el ámbito de aplicación funcional o territorial

de los convenios colectivos. Por otra parte los trabajadores no podrán disponer válidamente de aquellos derechos reconocidos como indispensables en convenio colectivo, aunque sí mejorarlos en su contrato de trabajo mediante condiciones más favorables. El importe del salario viene determinado por convenio colectivo, aunque puede ser pactado libremente entre empresario y trabajador, en cuyo caso, la cantidad pactada no podrá ser inferior a lo establecido por el convenio colectivo de aplicación.

El salario mínimo, la jornada laboral, las vacaciones, calendario laboral, las funciones a desarrollar o las condiciones de subrogación de los trabajadores son las reguladas en el Convenio Colectivo sectorial que sea de aplicación, sin que se pueda optar por otro que modifique esas condiciones. Según la jurisprudencia del Tribunal supremo no es válida la renuncia o el cambio de convenio colectivo. Al igual que el empresario no puede optar por un determinado convenio por intereses económicos tampoco, en este caso, el Tribunal considera, compartiendo los argumentos de la recurrente, que el Ayuntamiento puede valorar la aplicación en todos sus aspectos de un convenio que funcionalmente no se corresponde con la actividad objeto del contrato. El convenio que se venía aplicando contiene un conjunto de derechos y obligaciones que se han incorporado a los contratos de trabajo y se han convertido en derechos adquiridos para los trabajadores, por lo que el cambio de convenio colectivo sería una modificación sustancial en las condiciones de los contratos.

El PCAP, como antes se ha reproducido, manifiesta que *“Se otorgarán 3,75 puntos (hasta un máximo de 30) por cada persona trabajadora, vinculada al proyecto, a la que se comprometan a aplicar el Convenio Colectivo Estatal de acción e intervención social vigente (o el texto que le sustituya) durante toda la vigencia del contrato en lo relativo a retribuciones (en lugar del exigible legalmente que sería el Convenio Colectivo Marco Estatal de ocio educativo y animación sociocultural)”*.

La pretensión del Ayuntamiento de Madrid, Distrito de Chamartín, no supone una alteración ilegal de la aplicación del Convenio Colectivo aplicable según su

ámbito funcional, sino únicamente una retribución voluntariamente pactada entre el trabajador y el empresario, distinta para los trabajadores designados por el licitador para las actividades a realizar en el contrato administrativo, mejorando potestativamente su contrato individual en cuanto se adscriban a la ejecución de este contrato si le resulta interesante para la obtención de la puntuación asignada, manteniendo la aplicación en cuanto contiene derechos indisponibles todos los mínimos del Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural.

El PCAP en su cláusula 33 -sobre obligaciones laborales, sociales y de transparencia- dice, entre otras cosas, que el contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral y de seguridad social, luego, en su propio Anexo I, por contradictorio, no podría oponerse al cumplimiento de esa normativa vigente en materia laboral.

No se están regulando las condiciones laborales de los trabajadores de la futura adjudicataria, ni estableciendo una obligación de carácter general para los licitadores, sino que el Pliego lo que hace es primar con determinada puntuación, el pago de los salarios establecidos en el Convenio Estatal de Acción e Intervención social, durante la vigencia del contrato a los trabajadores que presten el servicio, correspondiendo la opción al licitador. Tal como sostuvo este Tribunal en la mencionada Resolución 16/2016, de 3 de febrero o en las Resoluciones 84, 85 y 86/2016, de 5 de mayo, es admisible el establecimiento como criterio social para la adjudicación de los contratos la valoración del abono a los trabajadores que han de ejecutar el contrato de una retribución superior.

No obstante, la redacción de la cláusula impugnada se presta a confusión. En cuanto pretende valorar las superiores retribuciones de un convenio distinto al aplicable presenta problemas de aplicación. En primer lugar, al tratarse de un ámbito funcional diferente no existe correlación entre las categorías profesionales de uno y otro convenio con lo cual queda evidentemente indeterminado qué retribución se abonará realmente por la empresa adjudicataria y presentará problemas de

adscripción a grupos profesionales, en segundo lugar, la distribución de los conceptos retributivos en ambos convenios es diferente, sin que el PCAP referencie cómo se hará la valoración para la obtención de la puntuación, pues no se ha previsto que la oferta indique un importe, por ejemplo, de las retribuciones anuales a fin de poder comparar si en su conjunto el monto salarial es superior al del convenio aplicable.

La referencia a las retribuciones de un convenio diferente al aplicable por razón del ámbito funcional, como se ha expuesto, supondrá que los licitadores no pueden cuantificar adecuadamente los costes de la ejecución del contrato lo cual impide realizar una oferta cabal y la posterior comparación de ofertas en términos de igualdad.

En otro orden de cosas se valoran las mejoras retributivas de hasta un total de 8 puestos de trabajo que, a razón de 3,75 puntos, pueden obtener el máximo de 30. El objeto del contrato se llevará a cabo en 8 centros educativos con un total de 23 actividades a realizar, según el centro. La aplicación de la cláusula supondría que todos los trabajadores quedarían sujetos al Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural y a las condiciones de trabajo en él reguladas, excepto los que oferte la empresa en su declaración con las retribuciones del Convenio de Acción e Intervención Social, que con el objeto de optimizar la puntuación razonablemente podrían ser 8, que realizando las mismas actividades, en los mismos centros, tendrían unas retribuciones distintas y en principio superiores al resto de trabajadores, de manera que no se cumpliría el objetivo previsto y que justifica el establecimiento del criterio, que se fundamente en mayores ventajas para la prestación del objeto del mismo y en que añade valor al servicio, teniendo en cuenta que el componente de la mano de obra es esencial en este caso. En las Resoluciones de este Tribunal 16/2016, de 3 de febrero o en las Resoluciones 84, 85 y 86/2016, de 5 de mayo, se admitió la posibilidad de criterios de adjudicación que mejoran las condiciones retributivas del convenio de aplicación bien por otro de ámbito superior del mismo ámbito funcional o por unas cuantías explicitadas en el PCAP, pero que no suponían una alteración del ámbito de negociación colectiva.

En consecuencia, procede la anulación de dicho criterio de adjudicación por carecer de claridad en su aplicación e impedir la presentación de ofertas con el debido cálculo de los costes que se asumen.

La anulación de un criterio de adjudicación supone que se altera la ponderación relativa de todos los demás e impide la continuación del procedimiento de adjudicación que debe también anularse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.N., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre (EDUCATIA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Programa de actividades extraescolares y complementarias con un enfoque de género y de sostenibilidad ambiental y social, en los ocho centros públicos de Educación Infantil y Primaria del Distrito de Chamartín, durante los cursos escolares 2016-2017 y 2017-2018”, número de expediente: 300/2016/00012, anulando el criterio de adjudicación y en consecuencia el procedimiento de adjudicación, que deberá reiniciarse caso de subsistir las necesidades.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 25 de mayo.

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 49 del TRLCSP.