



AYUNTAMIENTO DE SALOBREÑA  
(GRANADA)

**ANUNCIO**

La Junta de Gobierno Local de fecha 24 de Abril de 2009, adoptó entre otros el siguiente acuerdo:

**5.- RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTO POR CLECE S.A.**

La empresa Clece S.A. interpone recurso especial en materia de contratación, regulado en los artículos 37 y s.s. de la Ley de Contratos del Sector Público, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 13 de marzo de 2.009 por el que adjudica provisionalmente a Nubes de Algodón SCA el servicio de "escuela municipal infantil"

El Recurso basa sus alegaciones en el apartado c) de la cláusula 2ª del Pliego calificándola de muy claro en el sentido de que el criterio de valoración que se refiere a "puntos" y no a "personas". Esta apreciación otorgaría a Clece S.A. la adjudicación del contrato

En contestación al Recurso se conocen los siguiente escrito e informe:

**A) Escrito fechado el 17 /04/09 (reg. Entrada nº 2311) de Nubes de Algodón S.C.A. presentado dentro del plazo de cinco días que le fue concedido en trámite de audiencia**

DOÑA JOSEFALINA PEREZ NOGUERA, con DNI. 23.768.603- N, como apoderado de la empresa NUBES DE ALGODÓN SCA, con CIF. F -186778433, y domicilio a efectos de notificaciones en calle Cartuja nº 21, Bajo, 18600 Motril Granada, en nombre y representación de la empresa NUBES DE ALGODÓN SCA, según consta acreditado en el Expediente de contratación 12/08 para la Adjudicación del Servicio educativo (1º Ciclo) de la Escuela infantil "Federico García Lorca" de Salobreña, asistida del letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Don Miguel Izquierdo Flores, nº colegiado 04589, ante dicho organismo público comparezco y como en derecho mejor proceda, DIGO:

Que habiéndoseme notificado en fecha de 13 de abril del 2009 escrito de alegaciones presentado por la entidad CLECE SA, frente al acuerdo de Adjudicación Provisional del expediente de contratación 12/2008 adoptado en Junta de Gobierno local de 13 de marzo del 2009, vengo dentro del plazo de cinco días hábiles conferido y de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007a presentar las siguientes:

**ALEGACIONES**

PRIMERO.- Manifestamos nuestra más profunda disconformidad con las alegaciones presentadas en el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto en fecha de treinta de marzo del dos mil nueve por la entidad CLECE SCA, por no ser ajustado a derecho en ninguno sus términos, en el mismo se plantea la nulidad del Acuerdo de Adjudicación provisional de fecha 13 de marzo del 2009 dictado en el expediente de contratación 12/2008, por vulneración de los principios de legalidad e igualdad entre otros alegados y que no son de aplicación.

La entidad CLECE SCA centra el objeto de litis en la interpretación que la Junta de Gobierno Local da al apartado c) de la cláusula 2ª del pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en adelante PCAP, para finalmente conceder la adjudicación provisional del servicio educativo (1º Ciclo) de la Escuela infantil "Federico García Lorca" de Salobreña, sin embargo para efectuar un correcto

examen de las cuestiones jurídicas planteadas debemos efectuar las siguientes precisiones:

1°.- El PCAP que nos ocupa fija en su apartado 1° el objeto del servicio ofertado a contratación, y lo define así, "constituye el objeto del contrato la prestación del servicio de educación infantil, (1° ciclo) en la escuela Municipal Federico Garcia Lorca con 9 monitores/as y 3 de apoyo cuya necesidad quedo justificada en el Acuerdo de iniciación adoptado con fecha 20 de agosto de 2008 por la JGL.

2°.- El apartado c) de la cláusula 2ª del PCAP señala entre paréntesis (máx. 9) junto a la puntuación de 0, 5 puntos por cada profesional.

3°.- Ambos licitadores, CLECE SA y NUBES DE ALGODÓN SCA ofertaron en el apartado de medios personales adscritos al servicio el número de 18 y 12 respectivamente.

4°.- En fase de Calificación de Propuestas económicas y valoración de criterios la mesa de contratación propone dos alternativas de valoración, una primera considerando que el apartado C) de la Cláusula 2° del Pliego está referida a un máximo de 9 puntos, y otra segunda considerando que dicho apartado está referido a una valoración de todos los criterios de adjudicación, pero teniendo en cuenta la limitación de personas establecido en el apartado 1° del PCAP, es decir 9 personas.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, hemos de expresar que la decisión de la mesa de contratación a través de su Presidente, de proponer dos opciones de valoración de las ofertas al órgano Administrativo que ha de resolver la adjudicación, tiene amparo legal en lo establecido en el Artículo 295 de la LCSP, y principalmente en lo previsto en el artículo 136 del mismo cuerpo legal, denominado de Ofertas con valores anormales o desproporcionados, que establece literalmente,

" Apartado 2.- Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. (en el presente caso la limitación a nueve personas en el objeto del servicio prestado).

Apartado 3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal,(..), deberá tenerse en cuenta el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación.

Apartado 4.- Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior, que se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración y que no sea considerada anormal o desproporcionada".

Teniendo en cuenta lo fijado en este precepto legal, **la decisión de la mesa de contratación y de la Junta de Gobierno Local está plenamente amparada en derecho y ajustada a la legalidad vigente**, pues ante la disyuntiva de interpretación planteada en el PCAP se opta por ofrecer dos opciones al órgano administrativo que ha de resolver, **el cual en uso de su potestad discrecional amparada por la Ley de Contratos en el Sector Público, y en consecuencia dentro de la legalidad vigente**, decide adjudicar el servicio al licitador que teniendo en cuenta la totalidad de criterios de valoración obtiene la mayor puntuación, y que no ha ofertado con valores anormales o desproporcionados, como resultan ser la contratación de 18 personas para prestar un servicio cuya necesidad queda previamente fijada en 9 personas, lo que conllevaría si analizamos la oferta económica de 272.800 € en relación al personal contratado (18), la prestación material del servicio, los gastos generales y demás condiciones de prestación del servicio, una clara vulneración de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar que se vaya a realizar el servicio y de la protección del empleo, en definitiva una clara rebaja en los derechos de los trabajadores que se emplearía.

TERCERO.- Por la licitadora contraria CLECE SA se alude en su escrito de alegaciones

a la vulneración de los principios administrativos que deben regir en todo procedimiento administrativo, pero como se ha explicado en los apartados anteriores la decisión tomada por la JGL es ajustada a derecho, sin embargo queremos rebatir dichos argumentos, mediante los siguientes razonamientos:

**1º.- Principio de Igualdad. Artículo 14 de la Constitución Española:**

Coincidimos con el correlativo de contrario en cuanto a que la aplicación de este principio implica que a supuestos iguales deben aplicarse consecuencias iguales, y por ello discrepamos en su argumentación, la mesa de contratación ofrece dos opciones de interpretación del PCAP a la JGL, amparadas por lo preceptuado en el artículo 295 de la LCSP, que no limita a una las opciones a plantear al órgano administrativo, **en la segunda opción que es la que limita los criterios de valoración al ámbito personal de 9 personas, otorga a ambas empresas la misma valoración 4,5 puntos, con lo que se cumple por dicha mesa de contratación el respeto al principio de igualdad.**

**2º Principios de legalidad y discrecionalidad administrativa. Artículos 9 y 103 de la Constitución española:**

La JGL al decidir adjudicar provisionalmente el servicio ofertado a NUBES DE ALGODÓN SCA, lo hace ejercitando una facultad discrecional prevista por la Constitución Española y el Ordenamiento Jurídico, y al amparo de lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que es una falacia y un ánimo de amedrentar y coaccionar a la JGL, el expresar que se ha tomado una decisión no amparada legalmente.

**3º Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Artículo 9.3 de la Constitución Española.**

No se ha vulnerado por la JGL tal principio administrativo, pues CLECE SA confunde el uso de la potestad discrecional que tiene este órgano administrativo y amparada en la Ley de Contratos del Sector público para decidir entre dos opciones interpretativas y elegir la que ha obtenido mayor puntuación, y la que se ajusta a los parámetros fijados en el PCAP, sin que en el futuro la prestación del servicio se pudiera ver afectada por irregularidades en la contratación de los trabajadores y en las condiciones laborales que irremediablemente afectarían al servicio público que se presta a los ciudadanos.

CUARTO.- Por último y no menos importante se cita con cierta ligereza jurídica la velada y trasnochada amenaza de interponer una querrela a los miembros de la JGL, por la presunta comisión de un delito de prevaricación, en este sentido queremos traer a colación la retirada Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo,

Ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 20 Abr. 1994, 1 Abr. 1996, 23 Abr. 1997, 27 Ene. 1998, 23 May. 1998, 6 May. 1999, 2 Nov. 1999, 10 Dic. 2001 y 16 Mar. 2002) que "una resolución injusta supone, ante todo, que no sea adecuada a derecho, "bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder". **No es suficiente, sin embargo, que una resolución no sea adecuada a derecho para que constituya un "delito" de "prevaricación". No todo acto administrativo ilegal debe ser considerado penalmente injusto. La injusticia contemplada por los arts. 358 CP 1973 y 404 CP 1995 supone un "plus" de contradicción con la norma jurídica que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia ha dicho con reiteración que para reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de calificarla como "delito" de "prevaricación", es preciso que su ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa".**

Teniendo en cuenta todos y cada uno de los datos aportados anteriormente, no se puede apreciar que en el presente caso se haya dictado una resolución manifiestamente injusta, encuadrable en el delito de prevaricación, **sino al contrario, que la Resolución adoptada tiene su amparo legal en la Ley de Contratos del Sector Público con pleno respeto a los**

**principios legales que rigen todo procedimiento administrativo**, sin que el hecho de que ante dos opciones de valoración e interpretación de las ofertas presentadas, la JGL adopte un Acuerdo de adjudicación a favor de la que objetivamente le ofrece mayores garantías de prestación del servicio, ello no supone vulneración alguna de la legalidad vigente, pues la JGL no hace otra cosa que aplicar la potestad discrecional que tiene de acuerdo con la legalidad.

Por todo lo expuesto,

**AL ORGANO DE CONTRATACION SOLICITO:** Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y previos los trámites legales oportunos, Acuerde desestimar el Recurso especial en materia de contratación interpuesto por CLECE SCA, y proceda a la Adjudicación definitiva a NUBES DE ALGODÓN SCA del Servicio educativo (1º Ciclo) de la Escuela infantil "Federico García Lorca" de Salobreña.

### **B) Informe jurídico**

“José Andrés Rodríguez Tejerina, Tesorero del Ayuntamiento de Salobreña, en relación con la solicitud de informe hecha por el Sr. Alcalde-Presidente sobre el recurso especial interpuesto por CLECE SA contra el acuerdo de adjudicación provisional de los servicios de la Escuela Infantil INFORMA:

El recurso interpuesto por CLECE SA, independientemente de las acusaciones de presunta prevaricación y las veladas insinuaciones de adopción de medidas penales, hecho que deberá ser calificado por la Asesoría Jurídica en su caso, el recurso, como digo, se basa esencialmente en la calificación de la referencia que hace el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado 2º letra b) a los medios personales adscritos al servicio. Es este el punto esencial de la adjudicación puesto que la interpretación de que "(máx. 9)" se refiera a los puntos o a los profesionales supone la adjudicación a una u otra empresa.

Resulta evidente la falta de claridad, la confusión que conlleva y la total ausencia de rigor técnico de este punto tan esencial del PCAP. Su trascendencia debería haber sido valorada a la hora de redactarlo lo que hubiese repercutido en la seguridad jurídica general.

Pero el pliego es el que es y no se puede alterar, por lo que tendremos que recurrir a la interpretación para conseguir averiguar lo que realmente el órgano de contratación debe valorar en este punto.

Para esta interpretación creo que debemos acudir al propio PCAP y al acuerdo de la Junta de Gobierno de 20 de Agosto de 2008.

En este sentido, el punto 1º del PCAP denominado OBJETO, hace clara referencia a la cantidad de personas a contratar al establecer que

*" Constituye el objeto del contrato la prestación del Servicio de educación infantil (1 º ciclo) en la Escuela Municipal Federico García Lorca con 9 monitores/as y 3 de apoyo..."*

Por su parte, el ANEXO 1 en su punto 3 denominado PLANTILLA establece:

*"Relación de personas que constituyen el equipo educativo (nueve miembros), acompañada del correspondiente currículo individual. "*

De esta redacción parece deducirse claramente que es intención del órgano de contratación, expresada en el PCAP de que el número de personas a contratar sea de 9 y 3 más de apoyo. Podría plantearse el hecho de que este número fuese un mínimo de personas a contratar y que no se establece máximo. Por lo que las empresas podrían contratar desde 9 personas en adelante y cumplir el PCAP.

Frente a este argumento debemos acudir a la propia Junta de Gobierno que en sesión celebrada el día 20 de agosto de 2008 estableció que :

"Que en JGL de fecha 8 de julio de 2.008 se aprobó iniciar el expediente de contratación para prestar los servicios de la Escuela Infantil "Federico García Lorca" en la cantidad de 265.000 F. No obstante se ha detectado el error de no contemplar en los costes la Seguridad Social de los 12 profesionales que se ha calculado deberán impartir el servicio a contratar por lo cual la cantidad a aprobar deberá ser de 341.000 €.

*La Junta de Gobierno Local acuerda por unanimidad:*

*1 °.- Aprobar la nueva cantidad de 341.000 € como precio del contrato quedando anulada la anteriormente referida*

*2°.- Mantener el resto de los puntos que ahora se reiteran"*

Esto es, se modifica el importe del contrato para adaptarlo a 12 profesionales, que coinciden con los 9 y 3 de apoyo del PCAP. Si estuviésemos hablando de 9 profesionales mínimo, el importe del contrato y su modificación del 20 de agosto de 2008 devendrían insuficientes si la empresa adjudicataria contrata a más de 12 trabajadores.

El único argumento para sostener que el PCAP se refiere a puntos y no a personas al establecer el máximo sería que esta frase se encuentra al final del renglón, donde en los demás apartados dice "puntos". Es por tanto una cuestión tipográfica más que de fondo, puesto que del resto del texto se deduce inequívocamente que el máximo de trabajadores debe ser 9 y tres de apoyo.

Según todo lo expuesto creo que el recurso interpuesto por CLECE SA debería desestimarse, e interpretar que la expresión "máx. 9 " se refiere a las personas y no a los puntos, aunque el Sr. Alcalde-Presidente con su superior criterio determinará lo que estime por más conveniente."

Seguidamente el Secretario da cuenta de la presentación de los documentos preceptivos realizada por Nubes de Algodón y en concreto la garantía definitiva y certificaciones de Hacienda, Ayuntamiento y Seguridad Social acreditativos de encontrarse al corriente en sus obligaciones tributarias y de pago de cuotas.

*La Junta de Gobierno Local acuerda por unanimidad:*

*1º.- Desestimar el Recurso especial en materia de contratación presentado por Clece S.A.*

*2º.- Adjudicar definitivamente el Servicio a Nubes de Algodón S.C.A. en el precio de 272.800 € más IVA (el IVA resulta aplicable al no encontrarse la empresa en ninguno de los supuestos de exención del artículo 20.1.9 de la Ley 37/1.992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido.)*

*3º.- Conceder a la adjudicataria plazo de 10 días para suscribir el correspondiente contrato administrativo.*