



Recurso nº 714/2020 C.A. del Principado de Asturias 47/2020

Resolución nº 1217/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de noviembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. A.M.G., en nombre y representación de la organización sindical CCOO DE ASTURIAS, contra los pliegos reguladores del procedimiento de licitación convocada por la Consejería de Educación del Principado de Asturias, relativa a la licitación del "*Servicio de vigilancia de alumnado de comedor escolar en varios centros públicos del Principado de Asturias*", expediente CONP/2020/1139, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría General Técnica de la la Consejería de Educación del Principado de Asturias ha tramitado el procedimiento para la licitación del "*Servicio de vigilancia de alumnado de comedor escolar en varios centros públicos del Principado de Asturias*", expediente CONP/2020/1139.

El contrato se divide en 72 lotes, los cuales pueden ser consultados en el pliego de licitación que se encuentra publicado en la plataforma de contratación del sector público. El valor estimado del contrato es de 8.716.971,45 €, IVA excluido.

Segundo. Se envió el anuncio de la licitación del expediente al Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el 14 de julio de 2020, sin que conste la publicación del mismo; y consta publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de julio del 2020.



Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Cuarto. Según documento incorporado al expediente, han presentado ofertas a la licitación las siguientes empresas:

- GESTIÓN, FORMACIÓN Y OCIO, S.L. (FORSER)
- INSTITUTO SUPERIOR DE ESTUDIOS EMPRESARIALES CAMBRIDGE, S.A.
- DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES DEPORTIVAS, S.L.
- AL ALBA EMPRESA DE SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.
- ASTURSERVICIOS LA PRODUCTORA, S.A.L.
- INNERIA SOCIAL, S.L.U.
- OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVICIOS, S.L.
- EULEN, S.A.
- MOTIVA ACTIVIDADES, S.L.L.
- A BILLARDA S.
- VITAEVENTS S.L.

Quinto. En la presente licitación es objeto de recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) regulador del procedimiento de licitación del contrato por los motivos que más adelante se dirán.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.



Séptimo. Por parte de la Secretaría del Tribunal, el día 5 de agosto de 20120, se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ninguno de los licitadores las ha formulado efectivamente.

Octavo. El 14 de agosto de 2020, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, resolvió la denegación de la medida cautelar solicitada en el escrito de interposición del recurso de acuerdo con los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 46.3 de la LCSP, y 22.1.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y del Convenio suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto de recurso los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. La entidad recurrente, CCOO de Asturias, está legitimada activamente para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación, al perjudicar o afectar a sus derechos o intereses legítimos la actuación objeto de impugnación, de acuerdo con lo previsto en el art. 48 de la LCSP.



Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. Respecto al fondo del recurso, éste tiene por objeto la impugnación de la cláusula 5.1 del PCAP, reguladora del presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato, pues en la misma se indica lo siguiente:

“Para el cálculo del precio vigilante/día de cada comedor escolar y teniendo en cuenta que en Asturias no existe un Convenio Colectivo que regule las retribuciones de los vigilantes de empresa que realizan la labor del cuidado de los escolares en el comedor escolar de los colegios, se ha tenido en cuenta los precios de licitación del último expediente de contratación realizado para la adjudicación del servicio de vigilancia en varios comedores escolares para el periodo septiembre/octubre 2019 a mayo/junio 2020, en el cual se fijó un precio/hora de 12,19 euros.”

No comparte la recurrente la afirmación contenida en el pliego, pues a su juicio sí existe un convenio colectivo que resulta de aplicación a la vista de las prestaciones propias del contrato, en particular, el Convenio Colectivo estatal del sector laboral de Restauración Colectiva, publicado en el BOE de 18 de junio de 2019, el cual debe ponerse en relación con el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, BOE de 21 de mayo de 2015. En este último, al que se remite el Convenio de 2019, se contempla la figura del Monitor/a o Cuidador/a Colectividades, que según entiende la recurrente coincide con el ámbito de la prestación contractual.

El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso pues a su juicio el convenio colectivo invocado se refiere a la restauración colectiva, la cual no es objeto de contratación.

Pues bien, como punto de partida, conviene señalar que el artículo 100.2 de la LCSP, respecto al presupuesto base de licitación, señala que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la*



licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia". En cuanto al valor estimado, establece el artículo 101.2 de la LCSP que "En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial". Y, finalmente, señala el artículo 102.3 de la LCSP que "Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios".

Sobre este particular nuestra Resolución 3/2019, de 11 de enero, dispuso que "A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral.

Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación.

Tal intensidad tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los pliegos (artículo 100.2 de la LCSP), su consideración expresa en el cálculo del valor estimado del contrato (artículo 101.2 de la LCSP), y para la fijación del precio (artículo 102.3 de la LCSP).

Por todo ello, se ha de concluir que existe una vinculación y deber de cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se deriva para el órgano de contratación un deber de



vigilancia. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes de conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución. Por ello se ha revisado la doctrina sentada por este Tribunal en sus resoluciones anteriores, con el fin de incorporar las obligaciones que impone el respeto a la nueva Ley de Contratos del Sector Público”.

Sexto. No obstante la doctrina expuesta, lo cierto es que tales postulados son obviamente aplicables a aquellos casos en que sí existe un convenio colectivo que resulta de aplicación. Pero en caso de que no exista tal convenio, el órgano de contratación habrá de atenerse a otros criterios igualmente válidos que resultan aplicables dentro de los postulados que resultan de los antedichos artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, atendiendo especialmente a ese mandato de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, en particular, atendiendo al precio general de mercado. Por tanto, en el caso que nos ocupa, la cuestión se centra en determinar si existen aquí normas laborales vigentes –en concreto, un convenio colectivo aplicable– que haya de incidir en la determinación del presupuesto base de licitación.

A este respecto el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dispone que *“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”.*

Por tanto, habrá de determinarse si la prestación objeto del contrato que nos ocupa entra o no dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo invocado por la recurrente.

En este sentido, la Cláusula 1.1 del PCAP fija como objeto del contrato el siguiente: *“El objeto de este contrato lo constituye la prestación del servicio de vigilancia del alumnado de nivel obligatorio de enseñanza que acude a los comedores escolares de colegios públicos dependientes de esta Consejería de Educación y Cultura, relacionados y divididos en lotes en la cláusula 1.2 subsiguiente, en los cuales es el propio Centro el que gestiona*



directamente el servicio de comedor escolar y no hay personal docente que voluntariamente participe en las tareas de vigilancia por lo que es necesario licitar dicho servicio de vigilancia, y que se desarrollará de acuerdo con lo establecido en este pliego y en el de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT)."

Adicionalmente, la cláusula 1.3 del mismo Pliego clasifica dicho contrato con un código CPA 59.29.20 –Servicios de comedores colectivos–, y con un código CPV 80410000-1 –Servicios escolares diversos–.

El ámbito funcional del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de Restauración Colectiva, publicado en el BOE de 18 de junio de 2019, se regula en su artículo 2, cuyo contenido íntegro es el siguiente:

"De acuerdo con lo previsto en el artículo 59.1 del acuerdo laboral estatal de hostelería el ámbito de aplicación funcional será el de las empresas y trabajadores/as del sector de Restauración Colectiva. Se entiende por servicio de restauración colectiva, aquel que realizado por una empresa interpuesta entre la empresa principal (cliente) y el comensal, presta un servicio hostelero y procede a elaborar y transformar los alimentos mediante un sistema y organización propios, en las instalaciones del mismo «cliente» o en las suyas propias, sirviendo siempre con posterioridad, dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación. Asimismo se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este capítulo los servicios hosteleros prestados en virtud de concesiones administrativas por las empresas pertenecientes al subsector de restauración colectiva. Se excluyen expresamente del ámbito de aplicación las actividades de catering aéreo así como la hostelería tradicional que se presta en espacios destinados al transporte (aeropuertos, estaciones de autobuses, estaciones ferroviarias, etc.)"

Son de restauración colectiva las empresas que, mediante un contrato o una concesión administrativa, sirvan comidas y/o bebidas a contingentes particulares y no al público en general. Así como las diversas unidades de gestión anexas abiertas al público que la contrata, concesión o contrato de prestación incluya si fueran auxiliares de aquella (prestaciones accesorias en el denominado «cliente cautivo»).



Se incluyen en el ámbito funcional las actividades auxiliares como el asesoramiento y gestión en materia dietética, el suministro de materias primas al cliente principal y cuantas actividades auxiliares complementen el servicio de restauración. Se incluye expresamente el «catering» de eventos realizado por las empresas encuadradas en este ámbito de aplicación.

Asimismo, quedan integradas en el campo de aplicación de este Convenio, las empresas y los centros de trabajo que tengan como actividad principal las propias del sector de la restauración colectiva. Por lo que será de aplicación a las empresas del grupo empresarial, cuando desarrollen otras actividades complementarias o afines. Y cuando presten sus servicios principalmente en el espacio físico en el que despliega su actividad la empresa principal.

Se excepcionan expresamente del ámbito, las actividades reguladas en el Convenio colectivo de Gestión Directa del País Vasco y el Convenio colectivo de Monitores de Aragón.”

Pues bien, la subsunción del objeto del contrato a licitar y del ámbito funcional del convenio colectivo que invoca la parte recurrente no resulta posible. Debe tenerse presente que, aunque la prestación del contrato se desarrolla en el ámbito de los comedores escolares, lo único que se contrata es la vigilancia de los alumnos, no la restauración colectiva. Resulta palmario que el contrato no tiene por fin la prestación de un servicio hostelero en el que exista elaboración y transformación de los alimentos mediante un sistema y organización propios, sirviendo siempre con posterioridad dichos alimentos en los espacios habilitados al efecto por los clientes y percibiendo por ello una contraprestación.

Además, tampoco existe una licitación de una concesión administrativa, sino que estamos ante la contratación estricta de un servicio de vigilancia.

La recurrente señala que el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, BOE de 21 de mayo de 2015, en su artículo 17, que regula las funciones básicas de la prestación laboral, en el área funcional tercera, incluye la figura del “q) Monitor/a o Cuidador/a Colectividades”, la cual encajaría con el objeto de la contratación.



Siendo cierto que el convenio colectivo remite al V Acuerdo Laboral citado, también lo es que la mera función de la monitorización o vigilancia sería una prestación accesoria a la principal de la restauración colectiva. Es decir, si bien puede existir la figura de los monitores o cuidadores de colectividades en el ámbito funcional del convenio colectivo estatal del sector laboral de Restauración Colectiva, no integra su objeto principal, sino que se referiría a una labor auxiliar, pues el cuidado o vigilancia no intervienen en la elaboración, transformación y servicio de los alimentos. Y respecto a dichas labores auxiliares el artículo 2 transcrito prevé (la negrita es nuestra): *“Se incluyen en el ámbito funcional las actividades auxiliares como el asesoramiento y gestión en materia dietética, el suministro de materias primas al cliente principal y cuantas actividades auxiliares complementen el servicio de restauración. Se incluye expresamente el «catering» de eventos realizado por las empresas encuadradas en este ámbito de aplicación.”*

Es decir, que las labores que son objeto del contrato en licitación podrían llegar a catalogarse como una actividad auxiliar del servicio de restauración, pero para que tales labores auxiliares entre dentro del ámbito funcional del convenio colectivo debe existir ese servicio de restauración al que complementar; pues el convenio colectivo solo contempla las actividades auxiliares dentro de su ámbito funcional como un complemento. En el presente caso no se contrata el servicio de restauración, por lo tanto, no puede existir una prestación auxiliar de aquello que no se contrata. En consecuencia, procede la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.M.G., en nombre y representación de la organización sindical CCOO DE ASTURIAS, contra los pliegos reguladores del procedimiento de licitación convocada por la Consejería de Educación del Principado de Asturias, relativa a la licitación del “*Servicio de vigilancia de alumnado de comedor escolar en varios centros públicos del Principado de Asturias*”, expediente CONP/2020/1139.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k), 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.