Agencia Pública Andaluza de Educación
CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE

| | |
|---|---|
| **EXPTE.: 00164/ISE/2020/SC** | **REF.: MO 16/21** |

**INFORME RELATIVO A EXPEDIENTE DE MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE SERVICIO PÚBLICO DE COMEDOR ESCOLAR Y PROGRAMA DE REFUERZO EN ALIMENTACIÓN INFANTIL EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS DEPENDIENTES DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE EXPTE 00164/ISE/2020/SC LOTES 43,44,46.**

**PRIMERA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO PÚBLICO DE COMEDOR ESCOLAR Y PROGRAMA DE REFUERZO EN ALIMENTACIÓN INFANTIL EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS DEPENDIENTES DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE EXPTE 00164/ISE/2020/SC lotes 43, 44, 46.**

| | | |
|---|---|---|
| **Empresa adjudicataria:** | (B29725710) - MENDOZA PALOMO SL | |
| **Importe adjudicación:** | Lotes 43, 44, 46: 2.187.677,52 euros (IVA excluido) | |
| **Fecha de firma del contrato** | 26/11/2020. | |
| **Plazo de ejecución:** | 12 MESES. | |
| **Modificación que se propone** | **Importe** | 45.240,00. Para el conjunto de los lotes objeto de modificación. (IVA no incluido) |
| | **Incremento** | 1,69% lote 43; 1,56% lote 44; 3,68% lote 46. |
| | **Ordinal** | Primera modificación. |

**CONSIDERACIONES PREVIAS**

**Primera**.- El 26/11/2020 la Agencia Pública Andaluza de Educación firmó el documento administrativo de formalización del contrato con la empresa ((B29725710) - MENDOZA PALOMO SL, expediente administrativo número 00164/ISE/2020/SC, por un importe de 2.187.677,52 EUROS, IVA excluido, para prestar servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, durante DOCE (12) MESES, donde se incluían los lotes 43, 44, 46.

**Segunda:** El 17/12/2020, el Director de Servicios a la Comunidad Educativa, emite una memoria justificativa en la que manifiesta que se hace necesario la modificación del expediente 00164/ISE/2020/SC como consecuencia de las comunicaciones de la Dirección General de Planificación y Centros instando a la Agencia a la cobertura de monitores en aplicación de las Instrucciones de 6 de julio de 2020, de la Viceconsejería de Educación y Deporte, relativas a la organización de las escuelas infantiles y de los centros de educación infantil para el curso escolar 2020/2021 y del documento de Medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de salud covid-19 en centros y servicios educativos docentes, elaborado por la Consejería de Salud y Familias.

En dicha memoria se venía a poner de manifiesto que la Dirección General de Planificación y Centros remitió los día 14 y 28 de Septiembre y 27 de Noviembre, peticiones de incremento de monitores de comedor escolar, con objeto de permitir el desarrollo del servicio en condiciones de seguridad y eficacia.

Es copia auténtica de documento electrónico

**Tercera.-** Con fecha de 21/12/2020 la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, aprueba el gasto de la modificación del referido contrato, con la cuantía de 45.240,00 euros IVA excluido, para el conjunto de los lotes objeto de modificación. El 12 de enero de 2021 se acuerda el inicio del expediente de modificación, y se concede trámite de audiencia a la adjudicataria, el 18 de enero de 2021, no presentando ésta alegación alguna.

**Cuarta**: Con fecha 28 de enero de 2021 se emite Memoria Complementaria Justificativa y el 3 de febrero de 2021, se firma por la Dirección de Contratación y Gestión Patrimonial, propuesta de aprobación del primer modificado del citado contrato en la que se contempla, como causa de modificación del contrato, la recogida en el artículo 205. 2.b) de la LCSP.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**Primera.—** El régimen jurídico aplicable a la modificación del contrato de servicios que nos ocupa se regula:

A. En la propia LCSP:
   *a.* Los presupuestos y las clases de modificación se regulan en los artículos 203 a 207.
   *b.* El procedimiento de ejercicio se regula en los artículos 191 y 207. La formalización en el artículo 153, y su publicación en los artículos 63 y 207.
B. El Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), indica el procedimiento a emplear en los artículos 97 y 102.

**Segunda.-** Condición sine qua non para hacer viable una modificación contractual es que el contrato se encuentre vigente en el momento de plantearla. En este sentido el CONTRATO DE SERVICIO PÚBLICO DE COMEDOR ESCOLAR Y PROGRAMA DE REFUERZO EN ALIMENTACIÓN INFANTIL EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS DEPENDIENTES DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE, EXPTE 00164/ISE/2020/SC, lotes 43, 44 y 46, fue formalizado el 26/11/2020, teniendo un plazo de duración de 12 meses, por lo que se encuentra vigente.

**Tercera**.- La LCSP regula dos tipos de modificaciones en sus artículos 204 y 205. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos citados, el art. 203 establece que : *los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.*

Así, el art. 204 regula las modificaciones que se encuentran previstas en el pliego o en el anuncio de licitación, y las no previstas en estos documentos se regulan en el art. 205, estableciendo regímenes, límites y procedimientos distintos para cada uno de ellos, disponiendo el citado art. 205 que *1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos: a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo. b) Que se limite a*

Es copia auténtica de documento electrónico

*introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.*

La memoria justificativa viene a considerar que las medidas que constituyen el modificado serían encuadrables en las establecidas en el citado artículo 205 y 206 de la LCSP.

Se aprecia del contenido de la memoria que la motivación para iniciar el procedimiento de modificación del contrato viene determinado por las siguientes circunstancias:

***2. DEFINICIÓN DE LA PRESTACIÓN***

*La situación de excepcionalidad sanitaria requiere de la máxima flexibilización en la organización de los recursos humanos y materiales, de modo que los centros y equipos directivos puedan tomar las decisiones más adecuadas. En este sentido los centros han elaborado su protocolo COVID-19 partiendo de las diversas instrucciones y medidas establecidas por las consejerías competentes en materia de Educación y Salud, en el que incorporarán las medidas de tipo pedagógico y organizativo necesarias para el desarrollo del curso escolar. Unido al principio anterior de flexibilización, la organización debe siempre quedar supeditada a la seguridad, que orientará la toma de todas las decisiones en relación a los horarios, los espacios, agrupamientos y gestión de recursos.*

*Para la dotación de personal necesario para la prestación del servicio de comedor escolar, los pliegos del contrato que se propone modificar tienen como referencia normativa la ratio de personal de atención al alumnado según su etapa educativa, establecida en el artículo 9 de la Orden de 17 abril de 2017, por la que se regula la organización y el funcionamiento de los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares.*

*En tanto que la implementación de los protocolos en cada centro han puesto de manifiesto que la ratio de personal adscrito al comedor es insuficiente para el cumplimiento de las medidas de seguridad sanitarias implementadas, la Dirección General de Planificación y Centros ha ordenado la incorporación de nuevos monitores, entre las que se incluyen los siguientes centros: (...)*

***3. JUSTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL***

*Como ya se ha indicado, la dotación de personal de atención y custodia al alumnado del servicio de comedor en cada centro tiene como referencia normativa el artículo 9 de la Orden de 17 abril de 2017, que expresamente establece la siguiente ratio de personal de atención según su etapa educativa.*

*En dichos centros ya se gestiona el servicio público de comedor escolar por empresas de restauración colectiva contratadas encargadas de la gestión y explotación económica del servicio público, usando las instalaciones de los centros y contratando personal de cocina y de atención socio educativa y adscribiendo por su cuenta cuantos recursos materiales fueren necesarios. Las razones que inducen a proponer la modificación contractual para que sea la misma empresa adjudicataria de la gestión del servicio público del comedor escolar la que contrate este personal adicional son las siguientes:*

- *<u>Carácter excepcional</u>: Las circunstancias excepcionales de aseguramiento de las medidas para el cumplimiento de los protocolos de carácter sanitario que cada centro ha establecido siguiendo las instrucciones de la Viceconsejería de Educación y Deporte para flexibilizar procedimientos y recursos que garanticen la asistencia del alumnado en condiciones de seguridad.*

Es copia auténtica de documento electrónico

*Complejidad de la gestión del servicio: la actuación tendrá como objeto complementar el servicio de comedor escolar que ya se gestiona en los centros docentes públicos de Andalucía, lo cual se requiere de una presencia empresarial localizada en tales centros y de una específica adscripción de medios materiales y humanos que aseguren de la prestación del servicio público de comedor escolar en los términos indicados.*

*Actuación conexa: La necesidad descrita en el presente expediente de contratación es sinérgica y coincidente en horarios a la gestión del servicio público del comedor escolar que viene prestando, cuyo objeto es dar el almuerzo y prestar atención socio educativa a los alumnos en horario de 14 a 16 horas.*

*Idénticos usuarios del servicio: El alumnado beneficiario de este refuerzo de atención ya es usuario del comedor escolar.*

También se recoge en la memoria justificativa la Justificación del precio unitario, indicando:

*(...)Dado el carácter excepcional de esta modificación del contrato, la Agencia Pública Andaluza de Educación asumirá la totalidad del coste, que la persona contratista repercutirá íntegramente en su factura sin que opere contraprestación económica a favor de la Administración.*

*La modificación que se propone supone un incremento sobre la ratio del número de personas contratadas, equivalente a dos horas de servicio durante un plazo máximo de ejecución 150 días lectivos coincidente con la prestación del servicio de comedor en el contrato del expediente 00164/ISE/2020/SC, Lotes 43, 44 y 46. Se señala expresamente que esta modificación en nada altera la prestación del servicio de comedor contratada, si no que supone la adscripción adicional de personas de atención y custodia del alumnado usuario del comedor escolar.*

*En relación con el expediente de modificación contractual, se hace constar que los medios personales y materiales con que cuenta la Agencia Pública para cubrir las necesidades que se tratan de satisfacer a través de la modificación propuesto son insuficientes y faltos de adecuación al objeto del servicio, no estimándose conveniente su ampliación, por lo que es de todo punto necesario acometer la modificación del contrato que se propone..*

Se observa del contenido de la memoria que si bien no se está citando directamente el precepto concreto en el que se fundamentaría la modificación, se hace referencia en la misma a que se dan circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación, sin que se altere la naturaleza global del contrato, por lo que se estaría haciendo referencia de manera indirecta al contenido del art. 205.2.b) de la LCSP, en el que se establece: *"b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

En este sentido, el concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias o hechos que no podrían haberse previsto aunque la administración contratante hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a

Es copia auténtica de documento electrónico

su disposición, la naturaleza y las características del servicio concreto. Por su parte, estas circunstancias imprevisibles no podrían aplicarse en aquellos casos en que la modificación tuviera como resultado una alteración de la naturaleza global de la contratación, por ejemplo si se sustituyeran los servicios que se van a prestar por otros diferentes o se modificara de manera fundamental el tipo de contratación.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la memoria, estas circunstancias imprevisibles que motivarían la modificación del contrato se deberían a la situación de excepcionalidad sanitaria provocada por la pandemia generada por el COVID-19, que ha hecho necesario la puesta en marcha de una serie de protocolos acordes con las diversas instrucciones y medidas tanto sanitarias como educativas establecidas por las consejerías competentes en materia de Educación y Salud. La implementación de estos protocolos en cada centro educativo ha puesto de manifiesto que la ratio de personal adscrito al comedor fuera insuficiente para el cumplimiento de las medidas de seguridad sanitarias implementadas, que hace que surjan dificultades en la ejecución del contrato tal y como estaba inicialmente previsto, circunstancias que no pudieron preverse en el momento de la licitación del mismo, ya que responden, en todo caso, a una situación de excepcionalidad de salud pública, sin que tampoco alteren la naturaleza global del contrato, por cuanto que la actividad que finalmente se va a ejecutar sigue consistiendo en la prestación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte.

Además de lo anteriormente expuesto, el expediente correspondiente al contrato que pretende modificarse se inició por Resolución de 22 de junio de 2020, siendo las Instrucciones de la Viceconsejería de Educación y Deporte, relativas a la organización de las escuelas infantiles y de los centros de educación infantil para el curso escolar 2020/2021 y el documento de Medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de salud covid-19 en centros y servicios educativos docentes, elaborado por la Consejería de Salud y Familias, de 6 de julio de 2020 y 29 de junio de 2020 respectivamente, y habiéndose dado comienzo al curso escolar el 10 de septiembre de 2020 en centros que impartan enseñanzas de educación infantil y primaria, y 15 de septiembre en centros que impartan el resto de las enseñanzas, es este el momento en el que surgirían realmente las circunstancias que motivarían la modificación que se propone.

A la vista de las consideraciones expuestas, se concluye que concurrirían las circunstancias previstas en los artículos 205.2 b) de la LCSP en las que se motivaría la modificación del contrato.

**Cuarta**.- Sin perjuicio de lo anterior, es preciso poner de manifiesto que nos encontramos ante un contrato de servicios que conlleva prestaciones directas en favor de los ciudadanos, regulado en el art. 312 de la LCSP. De esta forma, el PCAP que rige el contrato establece que: *De acuerdo con lo establecido en el artículo 312 de la LCSP el presente contrato de servicios conlleva prestaciones directas en favor de los ciudadanos y tiene por objeto el SERVICIO PÚBLICO DE COMEDOR ESCOLAR Y PROGRAMA DE REFUERZO EN ALIMENTACIÓN INFANTIL (en adelante PRAI) con arreglo a las condiciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas y en el Estudio de Viabilidad*.

Por su parte, el art. 312 de la LCSP establece entre otras cuestione que: *En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones: a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza*

Es copia auténtica de documento electrónico

*deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

El aparatado 3 del PCAP establece que *El presupuesto base de licitación, está adecuado a los precios del mercado, del convenio sectorial de aplicación que se ha determinado de acuerdo con lo dispuesto en el Estudio de Viabilidad y mediante la multiplicación del precio público del menú escolar/ día por el número de días de funcionamiento del servicio público en el plazo de ejecución por el máximo de usos estimados y la bonificación media prevista por cada centro más el precio/día del pack PRAI por el número de días de funcionamiento del servicio público y por el alumnado beneficiario.*

Continúa el PCAP disponiendo, en su apartado 12 que: *El equilibrio económico del contrato deriva del contenido de la resolución de adjudicación, de lo dispuesto en el presente Pliego, el Pliego de Prescripciones Técnicas, y en las estimaciones económicas incluidas en el estudio de viabilidad y de la oferta de la propia persona adjudicataria.*

*El rendimiento económico de la contrato vendrá determinado con arreglo a los parámetros contenidos en el estudio de viabilidad. (...)*

*Se entiende, a dicho efecto, que con los precios aprobados por la Consejería de Educación y Deporte y, en función de los usuarios/as previstos en el presente Pliego y en el estudio de viabilidad se darán las condiciones económicas suficientes que permitirán a la persona contratista, mediante una buena y ordenada administración, acometer las inversiones que se prevén en el Pliego de Prescripciones Técnicas y/o en el estudio de viabilidad, hacer frente a los gastos del servicio que conlleve prestaciones a favor de la ciudadanía y obtener un margen normal de beneficio industrial.*

Por último, el Anexo I del PCAP en su apartado 7 **RÉGIMEN DE ABONO DEL PRECIO** establece que: *La Agencia Pública Andaluza de Educación asumirá el coste de la parte bonificada del precio público para el comedor escolar en los Centros Docentes Públicos de los menús consumidos previa liquidación de la contraprestación ofertada por la persona licitadora una vez comprobado y regularizado el número de menús consumidos con la presencia real del alumnado durante el horario lectivo y de conformidad con lo establecido en el apartado 6 del artículo 8 de la Orden de 17 de abril de 2017 de la Consejería de Educación por la que se regula la organización y el funcionamiento de los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares, así como el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía fuera del horario escolar.*

La Memoria justificativa complementaria de 28 de enero de 2021 indica:

*Para dar respuesta a una situación de excepcionalidad de salud pública, la modificación contractual propuesta de conformidad con lo dispuesto en los artículos 205.2 b) de la LCSP implica que el servicio de comedor escolar se preste con mayor dotación de medios personales que el establecido en la Orden de 17 de abril de 2017, siendo independiente la forma en la que el contratista efectúe ese aumento en la adscripción de medios*

Es copia auténtica de documento electrónico

*personales, lo cual podría provocar la ruptura del equilibrio económico del contrato calculado sobre las estimaciones económicas del estudio de viabilidad.*

*Al tener que incurrir en un mayor coste de personal como consecuencia de prestar el servicio con una mayor adscripción de personas de atención al alumnado usuario del comedor escolar, la Agencia tiene que modificar la retribución prevista en el contrato, cuyo régimen del abono del precio se estableció en el Anexo I del PCAP en su apartado 7.*

*El régimen de pago establecido para esta contraprestación se hará efectivo para cada persona adscrita en virtud de su sueldo bruto mensual devengado en las horas previstas en este contrato, la seguridad social a cargo de la empresa correspondiente, todo ello incrementado en un 20% en concepto de gastos generales.*

A la vista de lo expuesto, la nueva necesidad de prestar el servicio con una mayor dotación de personal que provocaría la modificación, vendría a alterar el equilibrio económico del contrato derivado de las estimaciones económicas del estudio de viabilidad, toda vez que en el mismo se tuvieron en cuenta el número de monitores que prestarían servicio en cada centro educativo en el momento de la licitación y conforme a la Orden de 17 de abril de 2017 de la Consejería de Educación por la que se regula la organización y el funcionamiento de los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares.

Lo anteriormente expuesto provoca que con la modificación, se tenga que ver alterado el régimen de pagos establecido en el apartado 7 del PCAP, por cuanto que la nueva necesidad no estaba prevista inicialmente y por consiguiente, no se encontraba cubierta en el régimen económico del contrato, ni por el régimen de pago o abono del precio a satisfacer por la Agencia, que ya no asumiría únicamente el coste de la parte bonificada del precio público, dado que se asumiría también el nuevo coste derivado de la necesidad de adoptar una decisión que impone al contratista la obligación de prestar el servicio con una mayor dotación de personal a la prevista.

**Quinto.-** La modificación que se propone asciende a la cuantía total de 45.240,00 euros, y representa, en cada uno de los lotes objeto de modificación, el 1,69% en el lote 43; 1,56% en el lote 44, y 3,68% en el lote 46, del primitivo contrato correspondiente a los lotes citados, por lo que no se superaría, el límite establecido en el artículo 205.2.b) de la LCSP, cumpliéndose por tanto los requisitos establecidos en el citado artículo que permite la modificación no prevista, encuadrándose, valga reiterar, en el motivo regulado bajo su apartado 2.b).

**Sexto.-** En cuanto a los requisitos procedimentales constarían en el expediente cumplidos los recogidos en los artículos 191 y 207 de la LCSP. En cuanto a la audiencia contemplada en el citado art. 207 de la LCSP y otorgada a la adjudicataria el 18 de enero de 2021, si bien la Memoria Complementaria Justificativa de 28 de enero de 2021 vendría a modificar el Acuerdo de inicio de 12 de enero de 2021 notificado al contratista, esta no afectaría a las circunstancias que motivan la modificación del contrato, por lo que no procedería otorgar un nuevo trámite de audiencia.

Por último, no es preciso recabar dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, por no superar el importe de la modificación el límite establecido en el artículo 17 apartado 10.d) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

Es copia auténtica de documento electrónico

A la vista de lo manifestado, este informe facultativo (de conformidad con lo expresado en Informe de Gabinete Jurídico DDPI00171/18 SOBRE POTESTADES ADMINISTRATIVAS DE LA AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN (APAE) y no vinculante, se informa favorablemente la modificación contractual que se propone advirtiendo que tras la aprobación, deberá atenderse a las obligaciones de formalización y de publicación a las que se remite el artículo 203.3 de la LCSP.

**LA DIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA**

Es copia auténtica de documento electrónico