



Recurso nº 346/2018

Resolución nº 430/2018

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

En Madrid, a 27 de abril de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. D. M. M., en representación de ACEA – ASOCIACIÓN CATALANA DE EMPRESARIOS DE AMBULANCIAS contra los pliegos que tienen por objeto la contratación del *“servicio de gestión y prestación del transporte sanitario (transporte colectivo A2) y transporte individual de ambulancia no asistida A1 y asistida y transporte no sanitario (individual) de pacientes –expte. de contratación nº029-2018-0244-“*, siendo órgano de contratación MUTUA UNIVERSAL-MUGENAT, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 10 (en adelante, “MUGENAT”), tramitado por procedimiento abierto, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La patronal ACEA – ASOCIACIÓN CATALANA DE EMPRESARIOS DE AMBULANCIAS (en adelante, “ACEA” o la “Recurrente”) engloba potenciales licitadores del contrato de referencia.

El valor estimado del contrato es de 6.865.574,58 euros, IVA excluido.

Segundo. El anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 7 de marzo de 2018, asignándose el número de referencia 2018/S 046-101160. Con fecha 5 de marzo de 2018 fue publicado el anuncio y toda la documentación relativa a esta licitación en el perfil de contratante de MUGENAT (integrado en la Plataforma de Contratación del Sector Público).

Tercero. El 23 de marzo de 2018, el órgano de contratación de MUGENAT recibió escrito de alegaciones dirigido a la mesa de contratación por parte de ACEA. El día 26 del mismo mes, el órgano de contratación remitió escrito a ACEA para que indicasen si el



citado escrito debía tener la consideración de recurso especial a efectos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, "TRLCSP").

A tal efecto, el 27 de marzo de 2018, MUGENAT recibió recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación. Posteriormente, se dio traslado a este Tribunal para su resolución.

Cuarto. El recurso de la Recurrente se fundamenta en dos motivos, a saber (i) la necesaria separación del contrato en dos licitaciones diferentes (transporte sanitario en una licitación y transporte no sanitario en otra distinta) y (ii) que se proceda a la publicación de la lista de trabajadores que serán objeto de subrogación a causa de la adjudicación del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del TRLCSP.

Antes de proceder a la resolución del recurso formulado, cabe recordar que existe un límite a la jurisdicción de este Tribunal. En este sentido, este Tribunal solo tiene una función revisora, por tanto, su función consistirá en determinar si procede o no declarar la invalidez del acto recurrido y, si así procede, ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que el vicio se produjo, pero no sustituir al órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones ni en la interpretación de los pliegos cuando su redacción es clara y conforme al TRLCSP.

Segundo. Antes de entrar en otras consideraciones este Tribunal considera necesario plantear si ACEA, en su calidad de patronal del sector, dispone de la legitimación necesaria para interponer el presente recurso. Este hecho no se expone ni se intenta acreditar por la citada patronal en su recurso.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *"podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o*



intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

Al objeto de examinar si la Recurrente es titular de un derecho o interés legítimo que pueda verse perjudicado o afectado por las decisiones objeto del recurso en términos que le otorguen legitimación para su interposición, conviene traer a colación, como se ha hecho en resoluciones previas de este Tribunal (entre otras, Resolución nº 31/2010), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de 20 de julio de 2005) en la que se afirma que: *"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (ss. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio, no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado."*

Sobre esta base se afirmó en la citada Resolución 31/2010 de este Tribunal que, *"por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco basta con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición"*.

Este Tribunal, y con base en los principios fijados en las directivas comunitarias en materia de contratación, ha hecho, en ocasiones, una interpretación más amplia del requisito de legitimación, admitiendo la interposición de recursos por terceros no licitadores ni interesados en concurrir a la licitación, en todo caso, bajo el principio de que el requisito de legitimación del artículo 42 TRLCSP debe *"interpretarse a la luz de la*



doctrina sentada por los Tribunales, que, en relación con el concepto de “interés legítimo”, exige, para que pueda considerarse que el mismo concurre, que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/82, y 257/88, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 -RJ1997, 2340- y de 11 de febrero de 2003 -RJ 2003, 3267-, entre otras).”

En este sentido, cabe mencionar la Resolución 290/2011 de este Tribunal, en cuyo fundamento de derecho cuarto se exponía que: *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.... la alegación de la recurrente va referida a un interés de un tercero, sin que pueda percibirse en la recurrente un interés que vaya más allá del mero interés en el mantenimiento de la legalidad. No existiendo un interés propio de la recurrente derivado de la situación que denuncia, la misma no puede ser determinante de su legitimación.... En definitiva, en el caso de estimación del recurso, no puede derivarse ningún efecto positivo (beneficio) ni evitación de un efecto negativo (perjuicio) para la recurrente, pues ésta continuaría sin poder tomar parte en la licitación.. La consecuencia de ello es que la recurrente carece de interés legítimo que se vea afectado por la redacción del pliego y, en consecuencia, carece de legitimación para su impugnación”.*

En el caso que ahora nos ocupa, ACEA tiene la consideración de asociación empresarial que aglutina posibles licitadores en el contrato que es objeto de licitación, y por tanto, podría considerarse que no necesariamente puede ostentar un interés directo en la estimación o no de su recurso (su objeto es la defensa de los intereses de sus asociados). Sin embargo, este Tribunal, y en aras de realizar una interpretación garantista del concepto de legitimación, entiende que la citada patronal sí ostenta



legitimación ya que son sus propios asociados los que sí podrían obtener ventaja de verse admitidas las pretensiones sostenidas por su asociación. Por lo tanto, entiende este Tribunal que sí que existe, efectivamente, un interés –indirecto- de ACEA, lo que lleva a que este Tribunal le reconozca a la misma, y en este caso concreto, la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

A la vista de todo lo expuesto y sin entrar en mayor análisis, hay que concluir que la Recurrente ostenta legitimación con base en el artículo 42 TRLCSP.

Tercero. De acuerdo con el artículo 40.2 a) del TRLCSP, los documentos de licitación del contrato son susceptibles de impugnación.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. La primera de las cuestiones que este Tribunal va a entrar a analizar es si procede –y es necesario– separar en dos licitaciones las dos partes del contrato referidas por la Recurrente (contrato que, y hay que remarcarlo, ex. artículo 86 TRLCSP, se encuentra dividido en lotes), o si, por el contrario, nos encontramos ante una actuación conforme a la legalidad por parte del órgano de contratación, y todo ello, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica que le corresponde. Es decir, lo que aquí se plantea es si el órgano de contratación tiene suficiente autonomía, con base en su discrecionalidad técnica (y siempre dentro de los límites fijados en la norma de aplicación) para establecer cuál es el objeto de contrato, o si, por el contrario, hay que acudir a criterios de máximos en la dicotomía unidad contractual-separación en distintas licitaciones, no siendo suficiente la división en lotes efectuada por el órgano de contratación.

Con base en lo anterior, ha de analizarse el objeto de contrato desde la perspectiva del citado artículo 86 TRLCSP, cual es, en el caso concreto, la licitación de los distintos transportes (básicamente, sanitario y no sanitario) que puedan requerir los pacientes en distintas situaciones y todo ello con el objeto de prestar un servicio integral que cubra la totalidad de las necesidades que aquellos requieran. En definitiva, procede dilucidar si la configuración del objeto de las prestaciones del contrato del servicio licitado es correcta, es decir, si procede la unidad contractual (ya dividida en lotes), o en su caso, si procede,

como solicita la Recurrente, la separación de los objetos del contrato en distintas licitaciones.

Como decíamos, con la normativa actualmente en vigor para este contrato, TRLCSP, hemos de partir del artículo 86, relativo al objeto del contrato y que dispone, en síntesis, la unidad contractual del contrato a licitar, sin perjuicio de su separación en lotes, lo que concuerda a su vez, con las modificaciones que se contienen en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que insta, a su vez, a una mayor separación del contrato que tenga por objeto la realización de prestaciones con similar sustantividad, pero separada en lotes (la motivación de esta novedad procedente de la normativa comunitaria europea y transpuesta en el artículo 99 LCSP, y que trae causa de los considerandos 78 y 79 de la mentada Directiva 2014/24/UE, esto es, la adaptación de la contratación pública a las necesidades de las PYME, por lo que es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado *“Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”*, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que facilite el acceso a las PYME).

Con base en lo anterior, la alegación sobre la necesaria separación del contrato que ahora nos ocupa, y que ya se encuentra dividido en lotes, tiene que analizarse bajo el prisma del artículo 86 del TRLCSP, cuyo párrafo 3º previene que: *“Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación. En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinará en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículo 14.2, 15.2 y 16.2”*.

En efecto, esto parece ser lo que ha ocurrido: el órgano de contratación se encuentra ante la necesidad de prestar un servicio integral que incorpora servicios de distinta naturaleza pero que tienen en común la misma sustantividad –prestar servicios a pacientes según sus necesidades–, y ante ello, opta por licitar un contrato, no incluyendo todo en un mismo lote o prestación, sino dividiendo las mismas en lotes en aras de asegurar la libre concurrencia y competencia entre licitadores. Así pues, cabe preguntarse si es esto y no la separación de los contratos en distintas licitaciones lo que tendría que haber planteado la Recurrente.

La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren.

Al respecto, en nuestra Resolución nº 408/2017 –citada posteriormente en la nº 600/2017 hemos señalado lo siguiente: *“En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”*

Aun cuando lo anterior se refiere a reclamaciones relativas a la división de un mismo contrato en lotes, este Tribunal entiende que por analogía es de aplicación al caso concreto, por cuanto lo que solicita la parte Recurrente es que el órgano de contratación vaya más allá: no le basta con que el contrato esté dividido en lotes, lo que asegura la libre competencia y la adecuada concurrencia, sino que le dice al órgano de contratación cómo ha de licitar las prestaciones de las que es garante y según el número de licitaciones y contratos que entiende conveniente. En este caso en cuestión, el pliego de cláusulas administrativas es claro al afirmar que el objeto del mismo es conseguir la prestación de un servicio integral y que se encuentra escuetamente regulado, y que ante tales deficiencias, la licitación conjunta -insistimos, en lotes- no hace sino redundar en la obtención de unos mejores servicios -con igual sustantividad- por los pacientes del ámbito territorial de MUGENAT.

En definitiva, y a pesar de la citada justificación, la Recurrente pretende que las familias de servicios configurados como una unidad en el objeto del contrato, se dividan o separen en distintos contratos a pesar de estar ya divididos en lotes con el objeto de hacer accesible la licitación a la máxima concurrencia y para alcanzar el respeto de los principios de libre concurrencia y de trato igualitario entre todos los licitadores según su categoría de transporte sanitario o no sanitario.

Tal pretensión no pasa de ser un mero deseo subjetivo de la Recurrente, carente de base objetiva, por más de que afirme la necesidad de separar el objeto de un contrato que ya se encuentra dividido en lotes, y que no hay que olvidar, tiene la misma sustantividad, cual es la prestación de servicios de transporte integrales en las distintas situaciones en las que pueden encontrarse un paciente. La unidad funcional de los distintos servicios a prestar, transporte sanitario y no sanitario de pacientes, ha sido configurada por el órgano de contratación desde su discrecionalidad técnica para evaluar las necesidades del contrato y la forma de delimitar su objeto.

Conviene recordar, asimismo, en este punto la asentada doctrina de este Tribunal acerca de las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual. Al respecto, en nuestra Resolución nº 212/2013 razonábamos como sigue:



Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 124/2013, de 27 de marzo), la que sostiene que *“el artículo 86 del TRLCSP parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”*.

Pues bien, en el supuesto analizado el órgano de contratación, la mutua colaboradora con la Seguridad Social MUGENAT ha decidido licitar en un único contrato de servicio de transporte sanitario y no sanitario de pacientes con la finalidad de prestar un servicio integral a sus destinatarios, cuestión, que con anterioridad, no se estaba ejecutando correctamente.

Con base en todo lo anterior, este Tribunal entiende que el órgano de contratación ha procedido correctamente a la licitación del contrato en lo que atañe a la delimitación de su contenido, así como su división en lotes.

Sexto. En segundo lugar, procede tratar la cuestión relativa a la subrogación de los trabajadores.

Para ello, ha de partirse de que MUGENAT, como expresa su órgano de contratación, ha basado la redacción de sus documentos de licitación en el contenido del artículo 120 TRLCSP, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, que dispone: *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.”*



Solicita la Recurrente, por su lado, que se publique el “listado de personal” de transporte sanitario a subrogar.

De una lectura literal del precepto anteriormente glosado, no se desprende que el órgano de contratación tenga la obligación de proceder a una publicación de los “listados de personal” que pudiesen ser objeto de subrogación, sino que a lo que estará obligado el citado órgano será a *“facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida”*.

Por tanto, entiende este Tribunal que la publicación de un listado de personal, con nombre y apellidos, como parece deducirse de la redacción del recurso de ACEA no es procedente en atención a la literalidad de la norma examinada.

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 ACEA – ASOCIACIÓN CATALANA DE EMPRESARIOS DE AMBULANCIAS contra los pliegos que tienen por objeto la contratación del *“servicio de gestión y prestación del transporte sanitario (transporte colectivo A2) y transporte individual de ambulancia no asistida A1 y asistida y transporte no sanitario (individual) de pacientes –expte. de contratación nº029-2018-0244-“*, por ser ajustado a derecho.

Segundo. Declarar que no se aprecia 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción



de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.