



Recurso nº 445/2019 C.A. de Castilla La Mancha 42/2019

Resolución nº 611/2019

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

En Madrid, a 6 de junio de 2019,

VISTO el recurso interpuesto el 11 de abril de 2019 por D. E. F. P. en nombre y representación de la mercantil denominada IBÉRICA DE MANTENIMIENTO SA, por medio del cual impugna: el anuncio de licitación, la Memoria justificativa con relación al Pliego de Prescripciones Técnicas, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares así como el anexo de personal, del "*contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera*", Expediente 2018/000668, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina convocó mediante anuncio publicado en el DOUE de 21 de marzo de 2019, nº 131907-2018-ES, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 21 de marzo de 2019, la licitación del "*contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera*", Expediente 2018/000668", por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato, IVA excluido, de 1.512.983,47 € y un plazo de ejecución de 36 meses con posibilidad de prórroga por otros 24 meses.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por la Ley 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, Ley 9/2017 de 8 de noviembre (LCSP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato administrativo de servicios Sujeto a Regulación Armonizada conforme a los arts. 3.1.a), 17 y 22. 1 b) de la LCSP.



Tercero. Mediante escrito presentado el 11 de abril de 2019 en el Registro del Tribunal, D. E. F. P. en nombre y representación de la mercantil denominada IBÉRICA DE MANTENIMIENTO SA, interpone recurso especial en materia de contratación, contra el anuncio de licitación, la Memoria justificativa con relación al Pliego de Prescripciones Técnicas, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares así como el anexo de personal del "contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera", Expediente: 2018/000668.

Cuarto. El Director Gerente de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina, acordó remitir al Tribunal el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que se ha unido al expediente administrativo remitido por el órgano de contratación el 22 de abril de 2019.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 29 de abril de 2019 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012 y publicado en el BOE nº 264, de 2 de noviembre de 2012.

Segundo. La recurrente, IBÉRICA DE MANTENIMIENTO SA, está legitimada al tratarse de una empresa que, es un potencial licitador del contrato al que se refiere el recurso, siendo de hecho el prestador actual del servicio que se licita, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. El recurso cumple los requisitos previstos en el artículo 51 de la LCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 11 de abril de 2019, consta en el expediente la publicación en el DOUE del anuncio de la licitación el 21 de marzo de 2019, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Cuarto. El acto objeto de recurso es, según indica de forma expresa el recurrente en el encabezamiento del recurso: *“la memoria justificativa, con relación al pliego de Prescripciones Técnicas, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares así como el Anexo de Personal”*.

No obstante lo anterior, el fundamento de derecho tercero del recurso cita bajo la rúbrica “objeto”, los siguientes documentos:

- La Memoria Justificativa
- El Anuncio de Licitación publicado tanto en la Plataforma de Contratación del Sector Público como en el Diario Oficial de la Unión Europea.
- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y sus anexos.
- El Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos.

Sin embargo, las alegaciones del recurso se refieren exclusivamente a la Memoria Justificativa argumentando la existencia de contradicciones respecto a la obligatoriedad de subrogación laboral entre los pliegos y la citada Memoria Justificativa, que en una interpretación literal, podría provocar el error de configurar la subrogación como una opción, y no como una obligación, añadiendo que la deficiente redacción de la Memoria Justificativa podría generar problemas de interpretación dando a entender que la subrogación no resulta obligatoria, al emplear el término “opción”. Del mismo modo, en el suplico del recurso se solicita la nulidad, o subsidiariamente la anulabilidad, de la Memoria Justificativa, declarando el carácter obligatorio de la subrogación del personal laboral, carácter obligatorio que el recurrente reconoce en los Pliegos de esta licitación.

De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP, los anuncios de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas de un contrato administrativo de servicios son susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato con un valor estimado superior a 100.000 €.

Sin embargo, lo que realmente está recurriendo IBÉRICA DE MANTENIMIENTO SA, como se ha dicho, es la Memoria Justificativa, por lo que procede plantearse si dicho documento es uno de los actos que la LCSP considera susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

La Memoria Justificativa es un acto que forma parte de la fase preparatoria y del expediente de contratación pero no así del procedimiento de adjudicación. En efecto, la LCSP distingue entre la Sección 1ª, del Capítulo I, del Título I del Libro segundo, (arts. 116 a 130), con rúbrica: *“De la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas”*, y la Sección 2ª, del Capítulo I, del Título I del Libro segundo, (arts. 131 a 187), con rúbrica: *“De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”*. En concreto, el art. 116.1 de la LCSP indica: *“La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante”*.

El documento al que se refiere el art. 28 de la LCSP es precisamente la memoria justificativa, y su contenido viene determinado en el apartado 1 del citado art. 28, que dispone: *“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”*.

Dentro de la fase preparatoria del contrato, anterior al procedimiento de adjudicación, existe una serie de actos, además de la memoria, que se refieren en el art. 116 de la LCSP, tales como: el anuncio de licitación, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas, (PPT), en su caso el certificado de existencia de crédito, o documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y en su caso el informe de fiscalización previa de la Intervención, terminando con el acuerdo administrativo que aprueba el expediente.

Pues bien, el art. 44. 2 de la LCSP al enumerar los actos susceptibles del recurso especial en materia de contratación indica en su letra a), alguno de los actos preparatorios recurribles, entre los que no se encuentra la Memoria Justificativa.

Dice el art. 44. 2 a) de la LCSP: *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

La Memoria Justificativa, a la vista de su contenido regulado en el art. 28 de la LCSP, no constituye un documento contractual que establezca las condiciones que deban regir la contratación. Se trata de un documento del expediente de contratación, de carácter pre-contractual, que como otros actos preparatorios es objeto de publicación en el perfil del contratante, como preceptúa el art. 63 de la LCSP, pero por su contenido se refiere a los presupuestos de la licitación, que no son materia objeto de aceptación o rechazo por los licitadores que hayan de presentar sus ofertas, a diferencia de lo que dispone el art. 139 de la LCSP respecto de los pliegos y documentación que rigen la licitación, siendo éstos los susceptibles de ser recurridos en la medida que su contenido trasciende de la esfera interna de la entidad adjudicadora del Sector Público y configura derechos y obligaciones de los posibles interesados, licitadores, adjudicatarios y contratistas que intervengan o puedan intervenir en el procedimiento de licitación.

Por otra parte, los restantes apartados del art. 44.2 de la LCSP, se refieren como recurribles, a actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, fase posterior a la de preparación del expediente en la que se sitúa la Memoria, y a otros ajenos a la Memoria, como el propio acuerdo de adjudicación, las modificaciones del contrato, formalización de encargos propios y acuerdos de rescate de concesiones.

En consecuencia, la Memoria Justificativa no es susceptible de ser recurrida por medio de recurso especial en materia de contratación, al no tratarse de ninguno de los actos o documentos señalados en el art. 44.2 de la LCSP. Para estos supuestos, y sin perjuicio de otros medios o vías de impugnación, el apartado 3 del art. 44 de la LCSP permite poner de manifiesto posibles irregularidades al órgano de contratación o alegarlas impugnando el acto de la adjudicación: *“3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”.*

En el presente caso el recurrente no pone en duda el cumplimiento, por los pliegos que rigen la licitación, de las obligaciones en materia de subrogación de los trabajadores que prestan el servicio en la actualidad, en los términos del art. 130.1 de la LCSP, ni tampoco que dicha subrogación resulte obligatoria, sino que se limita a cuestionar que la Memoria resulta contradictoria con los pliegos al incluir el término "*opción*".

El propio contenido de la Memoria en la parte que motiva el recurso confirma la improcedencia de su impugnación mediante este recurso especial; así, se denuncia una deficiente redacción de la Memoria justificativa, en un párrafo en que se refiere, someramente, a la introducción de la subrogación del personal que presta el servicio en la actualidad, que califica como opción, y la actualización de la cuantía económica como los principales cambios respecto del anterior expediente de contratación. Se trata de una mención sucinta propia de una Memoria Justificativa, sin ninguna pretensión de regular la existencia o no de la obligación de subrogación del personal que presta el servicio que se licita, cuyo carácter obligatorio o no, es independiente de lo que diga la Memoria, y que además, en caso de ser obligatoria, (porque así lo imponga la regulación del Convenio Colectivo de aplicación), la obligación sería para la empresa que suceda al prestador actual del servicio, pero no deja de ser una opción para el propio trabajador. Es decir, tal como informa el órgano de contratación, en ningún momento con la citada mención de la memoria, se ha pretendido articular en el expediente de contratación, la subrogación del personal empleado, con carácter voluntario para el licitador que resulte adjudicatario, por lo que no se produce la vulneración de los principios de igualdad y libre competencia de los arts. 1 y 132 de la LCSP.

El art. 130.1 de la LCSP, al regular el contenido de los Pliegos, en la Subsección 2.^a, de la Sección 1.^a, del capítulo I, Título I, del Libro segundo, con rúbrica Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, se refiere a la subrogación del personal empleado en los servicios que contraten las entidades adjudicadoras y dispone: "*1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida,*

debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.”.

Al no ser un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, procede su inadmisibilidad.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. E. F. P. en nombre y representación de la mercantil denominada IBÉRICA DE MANTENIMIENTO SA, por medio del cual impugna: la Memoria justificativa con relación al Pliego de Prescripciones Técnicas, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como el anexo de personal, del "contrato del Servicio de mantenimiento de equipos de electromedicina de la Gerencia de Atención Integrada de Talavera", (Expediente 2018/000668).

Segundo. Levantar la suspensión acordada por este Tribunal, de conformidad con el art. 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 58.2 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 Castilla La Mancha, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.