



Recurso nº 998/2020 C.A. de Castilla-La Mancha 72/2020

Resolución nº 1293/2020

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

En Madrid, a 4 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.I.B.C., en representación de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS TECNAS – SERVICIOS INTEGRAS DE FORMACIÓN Y DESARROLLO, S.L. Y ANDANZA EMPLEA, S.L., contra la Resolución de desistimiento de la licitación convocada por la Secretaría General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para contratar el “*Servicio de servicio de monitor/cuidador de comedores de gestión directa en centros públicos de enseñanza no universitaria de Castilla-La Mancha durante los cursos 2020-2021 y 2021-2022*”; expediente 2020/000952; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 24 de abril de 2020 se publica el anuncio de licitación del expediente de contratación de referencia en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea y el día 29 de abril en el Diario Oficial de Castilla La Mancha.

Segundo. El contrato se licitó por un valor estimado de 841.894,22 euros, y con un presupuesto base de licitación de 350.789,26 euros.

Tercero. El contrato de servicios está sujeto a regulación armonizada y el procedimiento de licitación se tramita mediante el procedimiento de adjudicación abierto y tramitación ordinaria.

El objeto del contrato es la cobertura de los puestos de monitor/a/cuidador/a que prestarán el servicio de atención al alumnado durante el horario de comedor, tanto en su



modalidad de aula matinal como de comida de mediodía (cursos 2020-2021 y 2021-2022), gestionando la adecuada utilización del ocio y tiempo libre de los usuarios una vez finalizado el mismo para el alumnado usuario de comedores de gestión directa en centros docentes públicos no universitarios de Castilla La Mancha a cambio del pago de un precio cierto. Se trata por tanto de cubrir las necesidades de cuidado y vigilancia del alumnado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 138/2012 de 11 de octubre (D.O.C.M. nº 202 de 11 de octubre) por el que se regula la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar de los centros docentes públicos de enseñanza no universitaria dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Castilla-La Mancha.

Cuarto. Con fecha 13 de mayo de 2020 se reúne la Mesa de contratación para realizar la apertura del Sobre 1, "*Documentación Acreditativa del cumplimiento de requisitos previos*", tras el levantamiento de la suspensión producida a causa de la crisis sanitaria como consecuencia del COVID-19.

Con fecha 26 de mayo de 2020 se constituye la mesa de contratación al objeto de revisar las subsanaciones requeridas en la mesa anterior por las empresas siguientes: UTE BROCOLI, S.L. - SIFU MADRID, UTE TECNAS-ANDANZA EMPLEA y SUMA EMPLEO, S.L.U., aceptando las subsanaciones efectuadas y procediendo a la apertura de las ofertas técnicas a efectos de elaborar el correspondiente informe de valoración.

En la misma, se advierte que la UTE UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS TECNAS – SERVICIOS INTEGRAS DE FORMACIÓN Y DESARROLLO, S.L. Y ANDANZA EMPLEA, S.L., está incurso en valores anormales y se le requiere a efectos de que justifique su baja.

En fecha 17 de junio de 2020 se vuelve a reunir la mesa de contratación al objeto del examen del escrito sobre justificación de bajas temerarias elaborado por la empresa incurso en presunción de anormalidad, proponer al órgano de contratación la clasificación de las empresas que figuran en el anexo III de la citada acta y proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato al licitador que resulte el mejor clasificado.

Quinto. El órgano de contratación el 19 de junio de 2020, según propuesta de la Mesa de contratación, acuerda la clasificación de las ofertas presentadas y que no han sido



declaradas desproporcionadas o anormales, por orden decreciente, de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

	EMPRESA	OFERTA ECONOMICA IVA INCL.	PUNTOS	HORAS ADICIONALES	PUNTOS	TOTAL PUNTOS
1	UTE TECNAS-ANDANZA EMPLEA	10,97	95,00	634	2,88	97,88
2	GP SERVICIOS EDUCATIVOS SL	13,07	68,11	200	0,91	69,02
3	SUMA EMPLEO, S.L.U.	13,25	65,81	400	1,82	67,63
4	EULEN, S.A.	13,80	58,77	1100	5,00	63,77
5	UTE BROCOLI S.L. - SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS URBANAS DE MADRID, S.L. (SIFU MADRID)	13,93	57,10	500	2,27	59,38
6	ASOCIACIÓN:ACD Océano Atlántico	14,30	52,37	300	1,36	53,73
7	ADECCO OUTSOURCING, S.A.U	14,20	53,65	0	0,00	53,65
8	SENIORSASISTENCIA, SL	14,44	50,57	612,5	2,78	53,36
	OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVICIOS S.L.	14,23	53,26	20	0,09	53,35
10	EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE	14,51	49,68	0	0,00	49,68
11	COMPAÑIA PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE SERVICIOS PUBLICOS, S.L (COPRISER)	14,80	45,96	0	0,00	45,96
12	FORONLINELEX S.L.	15,66	34,95	475	2,16	37,11
13	ARASTI BARCA MA SL	15,75	33,80	20	0,09	33,89



14	FUNDACIÓN SAMU	17,12	16,26	0	0,00	16,26
15	CENTRO INTERNACIONAL DE IDIOMAS S.A.	17,27	14,34	100	0,45	14,79
16	ARALIA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A.	17,90	6,27	0	0,00	6,27

Sexto. El 3 de agosto de 2020 por resolución del órgano de contratación se adjudica el presente contrato a la UTE TECNAS-ANDANZA EMPLEA. Dicha resolución es publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público y notificada a los licitadores el 3 de agosto de 2020.

Séptimo. El 2 de septiembre de 2020 se remite al adjudicatario para su firma el contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas.

El 3 de septiembre de 2020 la unidad administrativa proponente del contrato pone de manifiesto a la unidad tramitadora del expediente de contratación la existencia de trabajadores de la empresa que venía efectuando la prestación objeto del contrato y respecto de los cuales el convenio colectivo de aplicación impone la obligación al nuevo adjudicatario de subrogarse en sus contratos de trabajo.

El 4 de septiembre de 2020 el Servicio de Equipamiento y Prestaciones Educativas, unidad proponente del contrato y dependiente del órgano de contratación, informa al Servicio de Contratación y Asuntos Generales, también dependiente del mismo órgano, de lo antes expuesto en los siguientes términos:

“Con motivo de la formalización del presente contrato se ha puesto de manifiesto que el servicio del que es objeto ha sido prestado durante el curso escolar pasado (2019/2020) por otra empresa distinta de la adjudicataria, con personal laboral sometido al Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 168 de 15/07/15).

Según el artículo 38 de dicho convenio la adjudicación de un contrato a una entidad o empresa para la gestión de un centro, servicio o programa que venía siendo gestionado anteriormente por otra entidad, supondrá el mantenimiento



del empleo a través de la subrogación y de las nuevas contrataciones, en los términos que se desarrollan en este artículo.

Toda vez que en este procedimiento los licitadores no han contado con esta información desde el inicio, lo que ha podido desvirtuar las ofertas presentadas y con el único propósito de no causar perjuicios a los intereses particulares implicados, proponemos el desistimiento del procedimiento y previa corrección iniciar una nueva licitación.”

El 7 de septiembre de 2020 el órgano de contratación dicta la resolución de desistimiento objeto del presente recurso, notificada y publicada el mismo día. En dicha resolución, tal y como consta en el documento 15 del expediente remitido, se establece que:

«Con fecha 4 de septiembre de 2020 se ha recibido un informe del Servicio de Contratación y Asuntos Generales que literalmente expresa lo siguiente:

“Con motivo de la formalización del presente contrato la unidad proponente, el Area de Asuntos Complementarios y Provinciales, ha puesto de manifiesto a este Servicio de Contratación y Asuntos Generales que el servicio del que es objeto este contrato ha sido prestado durante el curso escolar pasado (2019/2020) por otra empresa distinta de la adjudicataria, con personal laboral sometido al Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 168 de 15/07/15). Según el artículo 38 de dicho convenio la adjudicación de un contrato a una entidad o empresa para la gestión de un centro, servicio o programa que venía siendo gestionado anteriormente por otra entidad, supondrá el mantenimiento del empleo a través de la subrogación y de las nuevas contrataciones, en los términos que se desarrollan en este artículo.

En este procedimiento los licitadores no solo no han contado con esta información desde el inicio, sino que se les ha proporcionado información contradictoria, lo que ha podido desvirtuar las ofertas presentadas y con el único propósito de no causar perjuicios a los intereses particulares implicados, proponemos al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento.”



Conforme a lo dispuesto en el artículo 152 de la 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 (BOE nº 272, de 09/11/2017):

“2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.”

*En uso de las facultades que me atribuye el Decreto 84/2019, de 16/07/2019, por el que se establece la estructura orgánica y la distribución de competencias de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes (D.O.C.M. nº. 141, de 18 de julio de 2019) y, en cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 152, **HE RESUELTO:***

1º.- DESISTIR de la formalización del presente contrato de servicio de monitor/a cuidador/a de comedores en centros públicos de enseñanza no universitaria de Castilla La Mancha que se prestan bajo la modalidad de gestión directa durante los cursos 2020-2021 y 2021-2022. Expdte. 1802T020SER00013 (@2020/000952).

2º.- Ordenar la notificación y publicación de esta resolución en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, en su caso, en los diarios oficiales que correspondan.»

Octavo. La UTE recurrente presentó recurso especial en materia de contratación el 28 de septiembre de 2020 contra la resolución de desistimiento del procedimiento por el órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación alegando:



- a) “*Vulneración del artículo 139 LCAP 30/2007*” ya que la resolución de 7 de septiembre no hace mención a los gastos acreditados en el antecedente de hecho quinto de su recurso, sin hacer alusión alguna al derecho de compensación.
- b) Derecho del recurrente a ser indemnizado por el desistimiento
- c) Vulneración del artículo 152 LCSP 9/2017 y PCAP: respecto a esta alegación dice que ya ha empezado a ejecutar el contrato, que el mismo día 7 de septiembre envió el documento administrativo firmado y tres días después el órgano ha desistido del contrato, por lo que no se respeta el plazo que otorga el artículo 152 LCSP, esto es, antes de la formalización para desistir del mismo, y, que no existe causa de interés público que justifique esta medida ya que los trabajadores a subrogar habían sido asumidos por la UTE como lo pone de manifiesto las comunicaciones entre la UTE y el órgano de contratación (documentos que adjunta al recurso).

Y termina solicitando del Tribunal anular o declarar nula la resolución de desistimiento recurrida y, en cualquier caso, que se indemnice a la recurrente por los daños y perjuicios sufridos por dicho desistimiento.

Noveno. Ha hecho uso de la facultad de emitir informe en relación con el recurso especial presentado, el órgano de contratación quién solicita la desestimación del recurso al considerar que la resolución de desistimiento ha sido ajustada a derecho, ya que se produce antes de que el órgano de contratación formalice el contrato, ya que en el caso no existía la firma de documento administrativo por ambas partes contratantes, sin que la resolución de adjudicación notificada pueda constituirse como acto de formalización. A mayor abundamiento expone que el desistimiento está justificado debido a la omisión en los pliegos de la información relativa al personal a subrogar, y por tanto, la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato vicia de nulidad los pliegos y, con ellos todo el procedimiento de contratación.

En cuanto a la reclamación de daños y perjuicios expone que la vía del recurso especial en materia de contratación no es adecuada para efectuar esta reclamación, sin perjuicio, de que en su momento pueda, el órgano de contratación iniciar la vía adecuada mediante el correspondiente expediente de reclamación de los daños y perjuicios sufridos por



participar en la licitación acreditando por el interesado su realidad y efectividad, sin que el Tribunal sea competente para resolver esta cuestión a través de esta vía.

Décimo. La Secretaría del Tribunal en fecha 9 de octubre de 2020 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000,00 €, el contrato recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Tercero. Es objeto del presente recurso la resolución de 7 de septiembre de 2020 de la Secretaría General por la que se desiste del contrato de servicio de monitor/A cuidador/A de comedores en centros públicos de enseñanza no universitaria de Castilla-La Mancha. La recurrente considera que la resolución dictada que consiste en el desistimiento no se ajusta al régimen y requisitos contenidos en el artículo 152 de la LCSP, y solicita una indemnización por el lucro cesante y los gastos ocasionados de participar en la licitación respecto de la cual el órgano de contratación ha materializado su desistimiento.

Cuarto. El marco normativo viene establecido por el artículo 152 de la LCSP cuyos apartados más relevantes al caso reproducimos a continuación:



“2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.”

En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución nº 323/2016, de 29 de abril) que:

“Se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurran los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.



Más recientemente en la Resolución nº 254/2019, 15 de marzo, se recoge la doctrina sobre el desistimiento y la renuncia diferenciando ambas instituciones. Así:

«El precepto recoge dos instituciones distintas, la renuncia y el desistimiento, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones por este Tribunal. La renuncia, a diferencia del desistimiento, supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación, por razones de interés público y, por ello, es un acto de contenido discrecional. Ha de ser acordado -al igual que el desistimiento- antes de la adjudicación del contrato, para evitar lesionar derechos y no meras expectativas, y precisamente por su carácter discrecional el artículo 152.3 de la LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento tiene un contenido por completo diferente, a diferencia de la renuncia no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto. En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.

La Resolución de 5 de julio de 2019 acuerda el desistimiento al considerar que ha existido un error en el cálculo de los costes salariales que determina un presupuesto base de licitación diferente del que existe. En concreto señala: "(...) ya que el error en el cálculo de los costes salariales ha podido causar error en los licitadores en el momento de cuantificar sus ofertas económicas, también debe ser tenida en cuenta por la CNMC, ya que se ha constatado que el Presupuesto Base de Licitación es mucho más bajo, en aplicación de los nuevos costes salariales (en cuyo cálculo se tuvieron en cuenta los salarios establecidos XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a personas con discapacidad, y atendiendo a las categorías profesionales de los trabajadores en jornada completa".»

En atención a esta doctrina, no se trata pues de un acto discrecional del órgano de contratación, sino que debe reunir condiciones inexcusables de plazo y requisitos habilitantes.

Quinto. Aplicando tal doctrina a nuestro caso, y en cuanto al plazo, el órgano de contratación considera que no se ha producido la formalización y la recurrente considera que no se respeta el plazo porque, según ella misma ya se había producido la formalización por haber enviado a la recurrente el mismo día que lo notificó el órgano el documento administrativo ya firmado por el adjudicatario.

En el TRLCSP el desistimiento solo podía llevarse a cabo con anterioridad a la adjudicación del contrato; sin embargo, la LCSP utiliza la expresión "formalización".

Y con ello se refiere a la "*formalización del contrato*", en una interpretación literal y contextual (art. 3 CC) por la ubicación sistemática del artículo 152 de la LCSP, que se sitúa con posterioridad al requerimiento de la documentación de quien ha sido propuesto como adjudicatario y la adjudicación del contrato, artículos 150 y 151 de la LCSP, y con anterioridad a la regulación de la formalización del contrato, artículo 153 de la LCSP.

Por lo que parece claro que el Legislador permite ahora retrasar esta decisión a un momento anterior a la formalización del contrato. Desde un punto de vista teleológico, esta interpretación parece acorde a la realidad subyacente, en tanto que es la suscripción

del contrato la que hace nacer derechos y obligaciones entre las partes; y, en todo caso, aunque se aleguen derechos adquiridos, el mayor perjuicio que hubiera para quien se sabía ya adjudicatario, por la realización de actuaciones preparatorias de la ejecución del contrato, vendría compensado vía indemnización.

Por tanto, el propio artículo 152 de la LCSP permite desistir al órgano hasta el momento de la formalización, sin que puedan alegarse ni propios actos, ni principio de confianza legítima. Dicho esto y respecto a lo que se entiende por formalización en la LCSP entendemos que de la lectura de los preceptos de la LCSP, el marco legal que configura la formalización y perfeccionamiento de los contratos del sector público viene determinado por los siguientes preceptos:

“Artículo 36. Perfección de los contratos.

1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización.”

“Artículo 153. Formalización de los contratos.

1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

5. No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 113 de esta Ley.”

A tenor del artículo 36 de la LCSP los contratos se perfeccionan con su formalización, salvo en el caso de los contratos menores (288) y de los contratos basados en un



acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se perfeccionarán con su adjudicación.

No obstante, en el caso del desistimiento, surge el problema de cuál es el momento hasta el cual debería poderse desistir de un contrato, debiendo anticipar que en aplicación literal de la ley y, en concreto del artículo 152.2 de la LCSP, es hasta la formalización del contrato, y esta formalización tiene lugar mediante la firma por las partes contratantes del documento administrativo de formalización del contrato. Por ende, no es hasta el momento en el que ambas partes manifiestan en documento administrativo, mediante la correspondiente firma su consentimiento en llevar a cabo el contrato hasta cuando se entiende formalizado el contrato y no es hasta ese momento sino a partir del cual se puede comenzar a ejecutar el contrato por disposición del artículo 156.5 de la LCSP, y es hasta ese momento hasta cuando la ley autoriza para desistir.

En el presente caso, si bien es cierto se había adjudicado y resuelto a favor de la UTE recurrente en cuanto al plazo autorizado en el precepto constantemente citado el desistimiento es ajustado a derecho y se produce antes de que el órgano de contratación formalice el contrato, ya que nunca lo llegó a firmar, y según los artículos 36, 37 y 153 LCSP, con carácter general los poderes adjudicadores no podrán contratar verbalmente y los contratos se perfeccionan con su formalización, mediante la firma por ambas partes del oportuno documento administrativo.

Sexto. En cuanto a si concurre en nuestro caso *“una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación”* que justifique el desistimiento, entendemos que, el órgano de contratación justifica el desistimiento producido en un incumplimiento del contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas que no incluye la correspondiente información sobre los trabajadores que debieran ser subrogados en la prestación del servicio objeto del contrato y que la empresa adjudicataria estaría obligada a esa subrogación en virtud del artículo 130 de la LCSP y del convenio colectivo aplicable en el sector.

En nuestro caso, la resolución de desistimiento se ampara en no haber incluido una cláusula de subrogación y la información correspondiente en el pliego de condiciones



generales, cuando existía la obligación para ello, conforme al artículo 38 del Convenio colectivo aplicable al sector y el artículo 130 de la LCSP.

Ante esta situación el órgano de contratación informa con ocasión de este recurso que esa insuficiencia de información viciaría todo el contrato en su ejecución, debido a la gran conflictividad social que ello generaría así como al hecho de que los licitadores al presentar sus ofertas no han tenido en cuenta los costes reales que soportarán en la ejecución del mismo, pues en ningún caso al formular sus ofertas se han tenido en cuenta los costes laborales derivados de la obligatoriedad de la subrogación que debe producirse.

Recordemos que el propio órgano de contratación hace suya la información que le proporciona el Servicio de Contratación y Asuntos Generales que literalmente expresaba lo siguiente:

“Con motivo de la formalización del presente contrato la unidad proponente, el Area de Asuntos Complementarios y Provinciales, ha puesto de manifiesto a este Servicio de Contratación y Asuntos Generales que el servicio del que es objeto este contrato ha sido prestado durante el curso escolar pasado (2019/2020) por otra empresa distinta de la adjudicataria, con personal laboral sometido al Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 168 de 15/07/15). Según el artículo 38 de dicho convenio la adjudicación de un contrato a una entidad o empresa para la gestión de un centro, servicio o programa que venía siendo gestionado anteriormente por otra entidad, supondrá el mantenimiento del empleo a través de la subrogación y de las nuevas contrataciones, en los términos que se desarrollan en este artículo.

En este procedimiento los licitadores no solo no han contado con esta información desde el inicio, sino que se les ha proporcionado información contradictoria, lo que ha podido desvirtuar las ofertas presentadas y con el único propósito de no causar perjuicios a los intereses particulares implicados, proponemos al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento.”

Es innegable, que a la vista del contenido del Pliego no existe una información de los trabajadores que deben ser subrogados, información que según el artículo 130 de la LCSP debiera constar en el mismo, siendo la elaboración del contenido del mismo un elemento esencial de la fase preparatoria de los contratos, por lo que a la vista de las circunstancias la causa justificativa del desistimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 152 apartado 4º de la LCSP consta plenamente acreditada.

Debe recordarse asimismo que el artículo 130 de la LCSP señala:

“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 obligado 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.”

Y se trata en nuestro caso de una obligación que no consta cumplida.

Dicho artículo se encuadra en la Subsección 2ª de la Sección 1ª, del Capítulo 1, del Título I, del Libro segundo, relativa a la preparación de los contratos.



Parece evidente, por tanto, que nos encontramos ante *“una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación”*, y que autoriza al órgano de contratación a desistir del contrato.

Por supuesto, tal causa de desistimiento concurre solo si se dan las circunstancias que obligan a la inclusión de tal cláusula y de la referida información. Y, en nuestro caso, en la resolución de desistimiento se hace constar que el servicio que se licita se está prestando en la actualidad, existiendo trabajadores respecto de los cuales debía producirse el deber de subrogación con cita del Convenio colectivo que resulta de aplicación en el sector. Por tanto, si, conforme a reiterada doctrina judicial, resulta obligatoria la inclusión de la cláusula de subrogación que nos ocupa, so pena de nulidad de los pliegos y, conforme al propio artículo 130 de la LCSP debe entregarse a todos los licitadores una información que no se ha facilitado; y todo ello atañe a la preparación de los contratos, estamos ante un defecto insubsanable (pese a que el licitador entienda que lo ha subsanado al tratar de asumir los trabajadores, algo que no se observa en las comunicaciones efectuadas entre la UTE y el órgano de contratación) atinente a la preparación de los contratos que justifica, conforme al artículo 152.4 de la LCSP, el desistimiento.

En definitiva, el desistimiento estaba justificado en nuestro caso.

Séptimo. Por último, y en cuanto a que el desistimiento no incorporó indemnización de gastos, ya dijimos en la Resolución nº 479/2013 y la nº 1164/2017 que la consecuencia jurídica del desistimiento es la compensación por gastos prevista en la legislación de contratación del sector público, pero *“Ante la falta de previsión en el anuncio y en el pliego, se ha de estar a lo previsto en los principios generales rectores de la responsabilidad patrimonial, lo cual requerirá instar la incoación ante el órgano de contratación y la tramitación por éste del procedimiento que para tal fin regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, previa acreditación de los gastos efectivamente provocados a la licitadora recurrente.”* (Ahora, conforme se regula en la propia Ley 40/2015). Sin que, por tanto, puedan concederse en esta sede ni esta Resolución prejuzgue el resultado de tal reclamación.

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. M.I.B.C., en representación de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS TECNAS – SERVICIOS INTEGRAS DE FORMACIÓN Y DESARROLLO, S.L. Y ANDANZA EMPLEA, S.L., contra la Resolución de desistimiento de la licitación convocada por la Secretaría General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para contratar el “*Servicio de servicio de monitor/cuidador de comedores de gestión directa en centros públicos de enseñanza no universitaria de Castilla-La Mancha durante los cursos 2020-2021 y 2021-2022*”; expediente 2020/000952.

Segundo. 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 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.