



Recurso nº 147/2023 C. Valenciana 33/2023

Resolución nº 309/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 09 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. V. B. M., en representación de EUREST COLECTIVIDADES, contra los pliegos del procedimiento “*Servicio “menjar a casa” del Ayuntamiento de Elche*”, con expediente SERV/ABR/2022000097, convocado por el Ayuntamiento de Elche, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalidad Valenciana puso en marcha en el año 2004 el “Programa Menjar a casa” organizándose mediante convenios a formalizar por la Generalitat y las Corporaciones Locales.

Mediante escrito de la Generalitat Valenciana remitido en julio de 2021, comunicó a las entidades locales, que la prestación del servicio “Menjar a Casa” finalizaría el 30 de junio de 2022, debiendo ser asumido este programa por las distintas entidades locales desde el 1 de julio de 2022, por lo que cada Ayuntamiento debía licitar su propio servicio.

En sesión de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elche celebrada el 3 de junio de 2022, se acordó solicitar a la Generalitat Valenciana la prórroga del contrato del “Programa Menjar a casa” con la empresa prestataria del servicio, en los mismos términos, por un plazo de seis meses, con fecha de inicio 1 de julio de 2022, finalizando el 31 de diciembre de 2022. La Generalitat Valenciana acordó finalmente la prórroga de dicho servicio hasta el 31 de diciembre de 2022.

Segundo. El 1 de julio de 2022, la Junta de Gobierno Local adoptó acuerdo de inicio de expediente para la adjudicación del contrato de servicio “Menjar a casa” del Ayuntamiento de



Elche, publicándose anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 7 de julio de 2022, no presentando oferta ningún licitador, por lo que se declara la licitación desierta mediante acuerdo del citado órgano el 14 de octubre de 2022.

Tercero. A consecuencia de lo anterior, se procede a la modificación de los pliegos, recogiendo en los mismos un importante incremento del presupuesto, debido a la inflación experimentada en los precios de los alimentos en la anualidad 2022, aprobándose mediante acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 23 de diciembre de 2022, el inicio de nuevo expediente para adjudicar, por procedimiento abierto, el servicio “Menjar a casa” del Ayuntamiento de Elche con el valor estimado del contrato que asciende a 663.713,16 € (apartado 4 del Anexo I del PCAP).

El plazo de duración del contrato que prevén los Pliegos Administrativo y Técnico es de dos años, prorrogable por periodos adicionales de un año, hasta un máximo de dos años más (apartado 8 del Anexo I del PCAP).

De la licitación, que se configura como electrónica, se han publicado los respectivos anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLASP) el 30 de diciembre de 2022. Posteriormente, como consecuencia de acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 13 de enero de 2023, en la que se modifica el PCAP y la Memoria Justificativa del contrato, se procede a la nueva publicación de anuncio en la PLASP el 16 de enero de 2023 y ampliándose el plazo de presentación de ofertas hasta el 13 de febrero de 2023.

Cuarto. Frente a tales pliegos, la ahora recurrente interpone recurso especial que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 3 de febrero de 2023.

Quinto. En fecha 15 de febrero de 2023, la Secretaría de esta Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores que han presentado oferta concediéndoles el plazo de 5 días a fin de que, si lo estimasen oportuno presentasen alegaciones, no habiendo evacuado dicho trámite ninguno de los interesados.

Sexto. Con fecha de 9 de febrero de 2023, la Secretaria General del Tribunal -por delegación de este- dictó resolución acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 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 (LCSP en adelante), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 en relación con el artículo 46.2 de la LCSP y Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2.a) de la LCSP, los pliegos son susceptibles de recurso especial. Se trata, además, de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, susceptible de recurso especial en materia de contratación en virtud de lo dispuesto por el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Tercero. En cuanto a la legitimación, debe reconocérsele a la recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP. En efecto, consta en el expediente remitido por el órgano de contratación certificado de licitadores en el que consta que la recurrente ha presentado proposición.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo indicado en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto Pasando a analizar el fondo del recurso interpuesto, la mercantil recurrente se alza contra los pliegos con base en que no se ha incluido la información preceptuada por el artículo 130 de la LCSP en relación con los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Alega el recurrente que los usuarios del programa “Menjar a casa” que menciona el PPT, son los mismos usuarios a los que EUREST COLECTIVIDADES, actualmente les presta el servicio al amparo de lo que considera un contrato menor, que le fue adjudicado mediante comunicaciones de fechas 17 y 24 de noviembre de 2022 Es por ello que el recurrente entiende que existe una obligación convencional de subrogación. Cita el artículo 130 de la



LCSP y expone doctrina de Tribunales Contractuales respecto de la falta de información en los pliegos de las condiciones de subrogación.

Por ello, solicita la anulación del pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo, PCAP) y que se proceda por el órgano de contratación a aprobar un nuevo pliego que contemple la información respecto al personal a subrogar.

Sexto. El órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del presente recurso defiende la legalidad de los pliegos impugnados. Alega que no es aplicable la subrogación, pues en ningún caso puede considerarse que el Ayuntamiento de Elche ha suscrito contrato menor con la mercantil recurrente. Y es que razona que previendo que la adjudicación del contrato no se produciría antes de la finalización de la referida prórroga, y al objeto de que no quedasen desatendidos los usuarios de dicho servicio, dada su especial vulnerabilidad, se acordó con la empresa prestataria, la mercantil EUREST COLECTIVIDADES S.L, previa aportación de presupuesto, por importe de 33.663,17 € IVA excluido, correspondiente al primer trimestre de 2023, mediante pago por factura mensual, la prestación de dicho servicio, a los mismos usuarios que venían siendo atendidos a través del programa de la Generalitat, iniciándose el servicio el día 2 de enero y previéndose su finalización el 31 de marzo de 2023, plazo que se estimaba suficiente hasta la adjudicación del contrato en licitación, lo que acreditaría que no existió contrato menor puesto que su valor estimado excede del importe previsto para estos contratos en el artículo 118 de la LCSP.

Además, no resultaba aplicable la obligación de subrogación puesto que el servicio es objeto de licitación por una Administración (Entidad Local) distinta de la autonómica. Y además el ámbito territorial que contemplaba el contrato licitado por la Comunidad Autónoma excedía no sólo el ámbito territorial del término municipal de Elche, sino el provincial de Alicante al prestarse para las provincias de Alicante, Valencia y Castellón. Además, se destaca que en la nueva licitación del Ayuntamiento se amplía el círculo de potenciales usuarios del servicio respecto del anterior contrato autonómico: El “Programa Menjar a casa” de la Generalitat Valenciana iba dirigida a personas mayores de 65 años o más, en tanto que el contrato del servicio “Menjar a casa” del Ayuntamiento de Elche, en licitación, va dirigido a personas mayores de 65 años y, excepcionalmente, a mayores de 60 años en situación de dependencia y/o discapacidad superior al 33%, así como a personas con discapacidad y/o en situación de dependencia, mayores de 18 años, que convivan con personas mayores de 65 años usuarias



del programa, por lo que se amplía el perfil del usuario que puede acceder a este servicio, respecto al Programa anterior de la Generalitat, no existiendo por tanto identidad entre los sujetos que “han de recibir las prestaciones”.

Deduciéndose de lo expuesto anteriormente, que se trata de la primera licitación del Ayuntamiento de Elche para la adjudicación del referido servicio y que no existe identidad en los sujetos adjudicadores del contrato ni tampoco coincide el ámbito territorial ni subjetivo del mismo.

Por otra parte, el órgano de contratación expone que la cuestión principal alegada, es decir, el posible incumplimiento del artículo 130 de la LCSP, al no recogerse en los pliegos que rigen la licitación la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, ha sido objeto de examen por el TACRC en numerosas resoluciones (Resolución nº 1910/2021, 516/2022, 852/2022, etc.).

Séptimo. Expuestos en estos términos el objeto de debate, debemos advertir que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión debatida en supuestos muy similares al que es objeto de nuestra consideración en este recurso.

Los argumentos expuestos por el recurrente, y que hemos reflejado en el fundamento de Derecho Quinto, pueden reconducirse a dos afirmaciones: (i) por un lado que “existe un principio general en nuestro ordenamiento, sobre el que existe consenso jurídico, con arreglo al cual las transferencias de competencias entre Administraciones Públicas determinan una sucesión contractual plena y (ii) que existen indicios suficientes de que puede existir una eventual obligación de subrogar personal por el nuevo adjudicatario del servicio, habida cuenta que el recurrente ya venía prestándolo mediante contrato con el Ayuntamiento de Elche.

Debemos rechazar la primera de las afirmaciones enunciadas. En efecto, hemos dicho (por todas, en la Resolución nº 910/2021, de 22 de diciembre de 2021, en un caso también análogo en relación al Ayuntamiento de Valencia y en el que se alegaban por los recurrentes los mismos preceptos convencionales que en este recurso para defender la existencia de la obligación de subrogación laboral:



“En este punto, ante el concepto de “empresa” acuñado por la jurisprudencia comunitaria y el más específico de “actividad económica” en aras de determinar cuándo se produce la sucesión o transmisión de empresas a efectos de subrogar el personal afectado, el TJUE ha seguido el criterio de negar la calificación de actividad económica para las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas por el poder público en Sentencias como la de 15 de octubre de 1996 (Asunto Henke, C-298/94) –que invoca el órgano de contratación– o la de 1 de julio de 2008 (Asunto MOTOE, C-49/07). Singularmente, en aquélla el Tribunal comunitario sostuvo que no constituye “transmisión de empresa” –en el sentido de la entonces Directiva 77/187/CEE– la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones Públicas. De ahí que el Tribunal infiriese que el concepto de “transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad”, en los términos del artículo 1.1 de dicha Directiva [en cuya letra c) in fine disponía: “La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirá un traspaso a efectos de la presente Directiva”], no se aplica a una cesión –a una agrupación de municipios– de competencias administrativas de un municipio que eran propias del ejercicio del poder público. A ello se une, desde un punto de vista ya objetivo, el hecho de que la prestación del objeto contractual –tanto cuantitativa como cualitativamente– es mayor del servicio que viene prestando la Comunidad Autónoma; en efecto, siendo sólo en parte coincidente debe concluirse que al ser distintos los cometidos que aquél engloba, todo ello conduce a avalar la conclusión de que –ante un contrato que se licita y se va a celebrar ex novo– el órgano de contratación haya entendido, de forma razonable y razonada, que no procede la subrogación de los trabajadores, siendo tal motivación suficiente para que pueda concluirse que no se ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 130 de la LCSP”.

Distinta suerte debe correr la segunda de las afirmaciones consideradas. En efecto, es doctrina de este Tribunal que la obligación de subrogarse en los contratos del personal afecto a la prestación del servicio contratado deriva de la normativa laboral, sobre la que no corresponde pronunciarse al órgano de contratación (Resolución 355/2020 de 12 de marzo). El órgano de contratación actúa, en este caso, como mero intermediario en el suministro de los datos (Resolución 1173/2022 de 30 de octubre). Para apreciar si se dan las circunstancias contempladas en el artículo 130 de la LCSP, el órgano de contratación debe considerar las circunstancias del contrato a celebrar en relación con las prestaciones que se venían realizando, su ámbito territorial y funcional (Resolución 43/2023 de 26 de enero), debiendo



optar por solicitar la información requerida por el artículo 130 de la LCSP cuando, al menos, exista una apariencia de que la normativa laboral pueda eventualmente imponer la subrogación del personal (Resolución 1301/2021 de 29 de septiembre).

Hemos señalado anteriormente que el argumento central del órgano de contratación es que, puesto que no ha existido contrato previo de la prestación por el Ayuntamiento (alega que la encomienda realizada a la recurrente en los correos electrónicos referidos no es un contrato menor), no se dan las circunstancias determinantes de la aplicación del artículo 130 de la LCSP. Yerra el órgano de contratación en esta apreciación, puesto que (circunscribiendo nuestro análisis a lo establecido para la sucesión de empresa por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, puesto que ni el recurrente ni el órgano de contratación invocan ningún Convenio Colectivo), el elemento fundamental sobre el que el artículo 44 de la norma referida hace pivotar la sucesión de empresa no es la de la existencia de un previo contrato de servicios, sino en que exista una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica (artículo 44.2).

Así las cosas, a la vista de la documentación obrante en el expediente puede concluirse que, ciertamente, no existe un contrato, pero si una relación jurídica que al menos indiciariamente, permite considerar que pueda existir una eventual obligación de subrogación de personal. Es importante destacar que la obligación impuesta por el artículo 130 de la LCSP, según sostiene el Tribunal, deriva del principio de transparencia que debe informar la contratación pública. Su finalidad es ofrecer a los eventuales licitadores cuantos datos sean posibles para garantizar que los licitadores puedan formular sus ofertas en condiciones de igualdad. Lo que resulta suficiente, como hemos dicho anteriormente, para que el órgano de contratación actúe de acuerdo con lo preceptuado con el artículo 130 de la LCSP.

Por lo que, por lo expuesto, el recurso debe ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. V. B. M., en representación de EUREST COLECTIVIDADES, contra los pliegos del procedimiento “*Servicio “menjar a casa” del Ayuntamiento de Elche*”, con expediente SERV/ABR/2022000097, convocado por el Ayuntamiento de Elche, y anularlos.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES