



Recursos nº 786/2023 Ciudad de Ceuta 8/2023

Resolución nº 977/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 20 de julio de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.G-E.A., en representación de FUNDACIÓN SAMU, contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de acogimiento residencial de cien (100) plazas para menores extranjeros no acompañados*”, con expediente referencia 9/23, convocado por la Consejería de Economía, Hacienda, Administración Pública y Empleo de la Ciudad de Ceuta, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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 por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Con fecha 16 de febrero de 2023 el Jefe de Unidad del Área de Menores de la Consejería de Sanidad, Consumo y Gobernación remite escrito al Negociado de Contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Función Pública, instando a que, habiendo sido declarado desierto el procedimiento para la contratación del “*Servicio de acogimiento residencial de cien (100) plazas para menores extranjeros no acompañados, por lotes*”, se adjudique por procedimiento negociado sin publicidad, al amparo de lo



dispuesto por el artículo 168.a.1ª de la LCSP. En el mismo escrito se relacionan las empresas a las que deberá invitarse a participar en el procedimiento.

El referido escrito es sustituido (según indica el propio escrito, documento 12 del expediente) por uno posterior de 10 de abril de 2023, suscrito por el Consejero de Sanidad, Consumo y Gobernación en el que se sustituye a una de las empresas que iban a ser invitadas a participar en el procedimiento.

Tercero. Con fecha 16 de mayo de 2023 la Consejera de Hacienda, Economía y Función Pública aprueba el expediente de contratación del contrato “*Servicio de acogimiento residencial de cien (100) plazas para menores extranjeros no acompañados, por lotes*”, a adjudicar por procedimiento negociado, tramitación ordinaria.

El procedimiento es anunciado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) el 6 de junio de 2023, fecha en la que también publica el documento de Pliegos.

Cuarto. Consta en el expediente remitido por el órgano de contratación que fueron cursadas tres invitaciones, siendo atendida una sola de ellas (documento 22 del expediente). El recurrente no fue invitado al procedimiento.

Quinto. Con fecha 5 de junio 2022 FUNDACIÓN SAMU presenta escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos rectores del procedimiento de contratación fundamentado en la inobservancia del artículo 130.5 de la LCSP en materia de subrogación de trabajadores.

Sexto. El Órgano de contratación responde a estas cuestiones en informe jurídico de fecha 21 de junio de 2023. Dicho informe jurídico viene a rechazar todas y cada una de las cuestiones planteadas por el recurrente alegándose que no existe la obligación de subrogación alegada por cuanto se trata de un contrato distinto e independiente al que viene ejecutándose mediante procedimiento de urgencia, y con objeto distinto, pues aquel fue motivado por circunstancias extraordinarias que no existen en el servicio actual que se licita.



Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 15 de junio de 2023 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 LCSP, 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.

Octavo. En fecha 16 de junio de 2023 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados en el procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin que ninguno de ellos haya hecho uso de su derecho.

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 46.3 de la LCSP, y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 06/11/2020).

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1, a) de la LCSP, ya que los Pliegos impugnados se publicaron en la plataforma en fecha 6 de junio de 2023, y el presente recurso especial fue interpuesto el día 6 de junio de 2023.

Tercero. Se ha presentado recurso en relación con un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 € (artículo 44.1 a) de la LCSP), susceptible por ello de enjuiciamiento por este Tribunal, y se refiere, igualmente, a una actuación impugnada ex artículo 44.2 a) del mismo cuerpo legal, pues el acto recurrido son los pliegos del contrato de servicios, siendo por ello susceptible de ser impugnado por medio del presente recurso especial.

Cuarto. Con relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos*



derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

En el presente caso, el recurso se interpone por quien no ha participado en el procedimiento de contratación, al no haber sido invitado a presentar oferta, tal y como se deduce del expediente administrativo. Efectivamente, consta en el expediente remitido por el órgano de contratación, según hemos avanzado en los Antecedentes, certificado de licitadores en el que no aparece la recurrente. De acuerdo con lo anterior, debemos avanzar que el presente recurso especial en materia de contratación ha de ser inadmitido por falta de legitimación del recurrente, de conformidad con la doctrina consolidada de este Tribunal.

Al respecto de un recurso como el presente, en el que el recurrente carece de interés directo en la adjudicación de un contrato pues que no ha llegado a presentar oferta, la Resolución nº 637/2018, de 6 de julio recuerda la postura del Tribunal en asuntos en que se recurren los Pliegos del contrato por parte de una entidad que finalmente no ha concurrido a la licitación en los siguientes términos: “Ante tal situación, no podemos sino apreciar la falta de legitimación, pues la recurrente no ha participado en el procedimiento, por lo que, aun cuando este Tribunal hubiera sido competente, y aun cuando el procedimiento hubiera podido calificarse como un procedimiento administrativo de contratación, la recurrente no se vería afectada en sus derechos o intereses legítimos al no haber tomado parte en éste. Debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal sobre la materia, sintetizada, por ejemplo, en la resolución 564/2017: “Debe, por tanto, traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que teniendo en cuenta que, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-), la regla general es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en



la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005-). Como se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones de este Tribunal esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, ya que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”.

Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: *“En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación. No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate”.*

Añade a este respecto la Resolución 398/2016 que: *“el artículo 43.4 TRLCSP dispone que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados. Ello lleva aparejado el hecho de que, si no se presenta una oferta, por mucho que se haya formulado recurso, el recurrente perderá la posibilidad de participar en la licitación, en la cual, evidentemente, estará interesado con carácter general. Por tanto, es ostensible que no es similar la posición del licitador recurrente, que la del recurrente licitador, pues en el primer caso, nos encontramos con un sujeto que presenta una propuesta, y, sin embargo, pretende cambiar las reglas a posteriori; mientras que, en el*



segundo caso, tenemos a una entidad que cuestiona las reglas que han de regir la contratación, pero que, aun así, decide participar en el procedimiento por si las mismas no fueran modificadas. Y todo ello, porque como hemos visto, la interposición del recurso, aun cuando se soliciten y adopten medidas cautelares, no afecta al plazo de presentación de ofertas. Sobre esta cuestión podemos invocar la Resolución 948/2014, de 18 de diciembre de 2014, de este Tribunal, en la que nos pronunciamos del siguiente modo: En el presente supuesto, sin ceñirnos exclusivamente a la mera interpretación literal del artículo 43.4 del TRLCSP, el proceso lógico de interpretación del mismo, integrado por la utilización de los criterios generales expresados en el artículo 3.1 del Código Civil, y singularmente, el criterio teleológico (espíritu y finalidad de la norma), permiten llegar a la conclusión de que lo que ha pretendido el legislador es que el órgano competente para resolver el recurso pueda suspender el procedimiento de adjudicación del contrato a fin de, como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, pero sin que ello afecte, es decir, sin que se suspenda, el plazo para la presentación de las proposiciones. A juicio de este Tribunal, el legislador, en beneficio de la seguridad jurídica de los interesados en la licitación, ha querido establecer un plazo improrrogable para la presentación de ofertas en el procedimiento de contratación, transcurrido el cual, aunque se haya suspendido el procedimiento, se produce la preclusión y se pierde la oportunidad de presentarlas. Por lo tanto, el recurso debe ser desestimado”.

En el presente caso, no nos encontramos, ni siquiera, ante el binomio licitador recurrente o recurrente licitador, ya que, como se ha explicado, el recurrente no ha presentado oferta alguna. En este sentido, el efecto que corresponde anudar a este hecho es el de la inadmisión del recurso, por falta de interés legítimo, pues la recurrente no ha invocado aspecto alguno de la licitación que le haya impedido su participación.

No es, sin embargo, lo que ocurre en el presente caso, pues recurrente sostiene su recurso únicamente en la necesidad de incluir expresamente una cláusula de subrogación de trabajadores en los pliegos, por ser ella la adjudicataria anterior del contrato, pretensión que, obsérvese, no viene referida directamente al ámbito propio, real o potencial, del recurrente, sino de los trabajadores del mismo.



Es evidente que el interés de la Fundación recurrente no es propio de la misma, ni puede admitirse que su legitimación para recurrir penda únicamente de la defensa genérica de la legalidad, como tiene declarado este Tribunal.

La finalidad del deber que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es meramente informativa, a fin de que los licitadores puedan evaluar, con exactitud, los costes que la ejecución de las prestaciones objeto del contrato supone. Así se deduce palmariamente de lo dispuesto por su apartado 1º, según el cual: *“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”*.

Así lo hemos manifestado en múltiples Resoluciones (por todas, Resolución 46/2023 de 26 de enero), en las que hemos dicho, en relación con esta cuestión, que, por un lado, las obligaciones de subrogación del personal adscrito al contrato pertenecen al ámbito laboral y, consecuentemente, el Tribunal no puede entrar a considerarlas y, por otro, que en el cumplimiento del artículo 130 de la LCSP el órgano de contratación actúa como mero transmisor de la información recibida del contratista actual, por lo que ninguna conclusión, en el plano laboral, puede extraerse de la inclusión de aquella en los Pliegos.

Así las cosas, es indudable que la cuestión debatida en nada afecta al recurrente, puesto que, no habiendo presentado oferta, ningún valor tiene para él, en el ámbito estricto de la evaluación de los costes del contrato, la inclusión en los Pliegos de la información exigida por el artículo 130 de la LCSP.

Por tanto, no pudiendo resultar afectada la recurrente por el devenir del procedimiento a la vista de su falta de interés directo o indirecto en el mismo (en los términos que ahora expresa el artículo 48 de la LCSP) por tratarse de una persona ajena a este, procede



declarar la inadmisión del recurso, al amparo de lo establecido por el artículo 55.b) de la LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. C.G-E.A., en representación de FUNDACIÓN SAMU, contra los pliegos del procedimiento *“Servicio de acogimiento residencial de cien (100) plazas para menores extranjeros no acompañados”*, con expediente referencia 9/23, convocado por la Consejería de Economía, Hacienda, Administración Pública y Empleo de la Ciudad de Ceuta, en aplicación de lo establecido por el artículo 55.b) de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 Andalucía, Ceuta y Melilla 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES