

**Recurso 19/2016****Resolución 68/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de abril de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA** contra el anuncio y los pliegos que rigen el expediente de contratación denominado “*Gestión de servicio público para la atención en acogimiento residencial básico de menores con medida judicial o administrativa de guarda en acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores*” (Expte. 9CISPS/2015), tramitado por la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 18 de enero de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 10 el anuncio de licitación mediante procedimiento abierto del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución; asimismo, con fecha 26 de enero de 2016 se publica el citado anuncio en el Boletín Oficial del Estado número 22 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 704.700,00 euros.

**SEGUNDO.** La presente licitación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** Con fecha 12 de febrero de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA (en adelante CCOO) contra el anuncio y los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de fecha 15 de febrero de 2016, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del citado recurso y se le solicita el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, y el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificación. Dicha documentación fue remitida por el órgano de contratación, teniendo entrada en este Tribunal el día 19 de febrero de 2016.

**QUINTO.** La Secretaría del Tribunal, el 23 de febrero de 2016, concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de



2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** Con carácter previo al examen de cualquier otra cuestión, procede analizar la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso.

El recurso combate, en primer lugar, la privación a la que se ha sometido a los licitadores al no facilitarles la documentación relativa a la relación del personal que realiza actualmente la prestación y que estaría sujeto a la obligación de subrogación establecida en el artículo 35 del II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Boletín Oficial del Estado, núm. 285, de 27 de noviembre de 2012) -en adelante el Convenio Colectivo-. En consecuencia, la recurrente solicita que se rectifiquen los pliegos a fin de que se respete lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, así como lo dispuesto en el Convenio Colectivo mencionado. Por otro lado, la recurrente combate la composición de los equipos educativos puesto que, en su opinión, no obedece a lo dispuesto en el artículo 65.2 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, de acogimiento residencial de menores (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 245 de 22 de diciembre) -en adelante el Decreto 355/2003-, ni se contienen en los pliegos las previsiones relativas a los artículos 13.2 y 19 de la Orden de 9 de noviembre de 2005, que regula la cooperación entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 222, de 14 de noviembre) -en adelante la Orden de 9 de noviembre de 2005-.

Sobre casos similares al presente ya ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal; así en la Resolución 64/2013, de 16 de mayo, se exponía *“pues bien, a la luz del objeto y pretensión deducida en el recurso, se ha de analizar la legitimación del sindicato recurrente. 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».*

*Asimismo, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que:*

*«1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

*a. (...)*

*b. (...)*

*c. Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

*2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca».*

*En la Resolución 44/2012, de 25 de abril, este Tribunal analizó la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo, indicando que existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito de este procedimiento de recurso, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de «interés legítimo».*

*En este sentido, el Tribunal Constitucional (SSTC 358/2006, 153/2007, 202/2007, y 33/2009, entre otras) parte de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Ahora bien, también indica dicho Tribunal que esa genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como ya se dijo en la STC 210/1994, «la función constitucionalmente atribuida*



*a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer».*

*Por tanto, como señala la STC 202/2007, la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico; concepto éste que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción ejercitada. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate.*

*Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005, dictada en el recurso nº 5111/2002, incide en esta idea de la existencia de un vínculo especial con el objeto del proceso, pero, además, recalca que no basta la mera invocación de la defensa genérica de los intereses colectivos de los trabajadores, sino que se ha de identificar un interés concreto, real y efectivo. Dice así la Sentencia en su Fundamento de Derecho segundo: «Se deduce de todo ello que no basta invocar la genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa decisiones que afectan a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, sino que son aplicables a los Sindicatos las mismas exigencias que a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en el proceso, es decir, ostentar un interés legítimo en él, con el alcance antes indicado, es decir, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto del proceso que ha de examinarse en cada caso.*

*Pues bien, desde estas consideraciones, se observa que el Sindicato recurrente, además de la cita de las indicadas sentencias del Tribunal Constitucional que contemplan casos específicos distintos al presente, se limita a invocar la genérica defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, entendiendo que el acto impugnado incide en requisitos y condiciones para poder*



desempeñar trabajos..., pero no identifica de manera alguna en qué consiste tal incidencia y menos aún su relación con el concreto contenido del acto impugnado(...).

En consecuencia, no se aprecia objetivamente la existencia de un interés concreto, real y efectivo que justifique la legitimación activa del Sindicato (...)».

*Finalmente, la resolución 89/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en un supuesto de impugnación por el Sindicato Provincial de Sevilla de la Federación de Servicios de UGT Andalucía de los pliegos de condiciones de un concurso para la limpieza de los edificios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, manifestó, con invocación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que 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.”*

En el presente supuesto y como primer motivo de recurso, CCOO, al impugnar los pliegos en cuestión, alega que no se recogen en los mismos ni en la documentación accesoria referencia expresa a la aplicación del Convenio Colectivo y en concreto a la cuestión relativa a la obligación del nuevo adjudicatario de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores en los términos mencionados en el artículo 35 del Convenio Colectivo, así como en el artículo 120 del TRLCSP.

Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta que lo que la recurrente cuestiona en su escrito no es la aplicación del Convenio Colectivo o la obligación de subrogación del personal que preste en la actualidad servicio, sino el hecho de que el órgano de contratación no haya trasladado a los licitadores la información relativa a los datos contractuales, conceptos salariales y costes del personal a subrogar. Ello se desprende del contenido mismo del recurso donde



se afirma *“aunque en los pliegos no aparezca una sola mención al convenio colectivo estatal aplicable al sector, y no sea relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de su aplicación no procede de la licitación en sí, ni del contenido de los pliegos, sino del derecho laboral y propio convenio colectivo, ello genera una evidente disfunción en cuanto, desde el ámbito de la contratación pública, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas dado que tras la adjudicación deberán asumir obligaciones legales que condicionarán sus compromisos y presupuestos”*. Además, ello lo expone la recurrente en distintas partes de su escrito, al afirmar *“en el pliego administrativo se hurta información a los licitadores”* o *“asimismo dicha información permite a los licitadores conocer las condiciones de personal”*.

Es decir, en el presente motivo de recurso la recurrente combate la falta de información exigida en el artículo 120 del TRLCSP, no por el perjuicio que pudiera causar a los trabajadores a los que representa -puesto que sus relaciones laborales quedarán subrogadas si la normativa laboral así lo contempla y con independencia de lo establecido en los pliegos- sino por el perjuicio que puede causar a los licitadores dicha falta de información. Sin embargo, este Tribunal considera que el objeto de este motivo de recurso excede del ámbito propio de la organización sindical, concluyendo que ésta no tiene interés legítimo para combatir los pliegos si impugna deficiencias del mismo que afectan a los licitadores puesto que, en ese caso, carecería de legitimación al no representar los intereses de éstos, y más en el presente supuesto en el que las mismas entidades licitadoras no han impugnado los pliegos.

Por tanto, visto lo anterior este Tribunal no puede sino inadmitir este motivo de recurso por entender que la recurrente carece de interés legítimo para su impugnación.

En lo que se refiere al resto de motivos de recurso, la recurrente combate la composición de los equipos educativos al no respetar el mencionado Decreto 355/2003, y determinadas cuestiones que afectan al personal que ha de ejecutar



la prestación con relación a lo establecido en la también mencionada Orden de 9 de noviembre de 2005, que regula la cooperación entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores. En estos dos supuestos y por la relación entre los motivos de recurso con el interés que defiende la organización sindical queda justificado, a juicio de este Tribunal, el interés colectivo que representa la recurrente en defensa de los derechos de los trabajadores afectados por la contratación proyectada.

**TERCERO.** Visto lo anterior, y con respecto a las pretensiones en las que la recurrente acredita interés legítimo, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

En primer lugar, hay que señalar que el órgano de contratación manifiesta que el presente contrato no es susceptible de recurso especial en materia de contratación al encontrarnos ante un contrato cuyo objeto es una gestión de servicios en la que no concurren simultáneamente los requisitos legales para ello, es decir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

Debe, pues, abordarse con carácter previo por este Tribunal la cuestión relativa a la correcta calificación jurídica del contrato aquí analizado a los solos efectos de determinar la competencia de este Órgano. Al respecto, hemos de indicar que la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o como servicio ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal y por otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre, 180/2014, de 3 de octubre, 139/2015, de 21 de abril, 149/2015, de 28 de abril, 39/2016, 41/2016, y 46/2016, de 18 de febrero de este Tribunal, Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre y 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos



Públicos de Aragón, Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 48/2014, de 19 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Resolución 56/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Por su parte, el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ya sostenía, a propósito del análisis de la calificación de contratos asistenciales sanitarios y sociales como contratos de gestión de servicios públicos o servicios, que dicha calificación exige como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- **Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser)** en la que se señala que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios -Sentencia Parking Brixen- mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago. Asimismo, la Sentencia manifiesta que ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.
- **Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater)** en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como



el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como



usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público.

De otro lado, los Tribunales Administrativos de recursos contractuales se vienen pronunciando en igual sentido. Así, la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concluye que la



gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.

El Acuerdo 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene que *“un servicio sanitario como el analizado (Gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón), difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia (...)”*.

Finalmente, hemos de hacer mención al artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión que si bien no es aún de aplicación, su fecha límite de transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros está muy próxima y será el próximo 18 de abril de 2016. El citado artículo 5 lleva por título <<Definiciones>> y en su apartado 1) señala que *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;”*



Así pues, a partir del 18 de abril de 2016 y al no ser presumible que se encuentre transpuesta a nuestro Ordenamiento la Directiva citada, las definiciones del artículo 5 parcialmente transcrito surtirán plenos efectos jurídicos pues son claras, precisas y no se hallan condicionadas. De este modo, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público estaremos ante una concesión de servicios y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicios públicos y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede.

En tal sentido, el Anexo I-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) denominado *“objeto y características del contrato”* establece, de un lado, un presupuesto base de licitación de 704.700 euros que se distribuye en 5 lotes, que comprenden un total de 87 plazas concertadas para la atención en acogimiento residencial básico de menores con medida judicial o administrativa de guarda en acogimiento residencial en centros de protección de menores. En lo referente a la retribución al contratista, la cláusula 8 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) sobre régimen de pagos, establece que la empresa adjudicataria emitirá una factura mensual consistente en el producto del número de plazas concertadas por el total del número de días del mes y por el precio vigente del concierto.

Asimismo, en la cláusula 6 PPT denominada *“obligaciones para el desarrollo de un programa de atención residencial básica”*, se establece como obligación de la entidad adjudicataria que deberá *“facilitar la labor inspectora y supervisora de la Junta de Andalucía y comunicar cualquier cambio o incidencia en los aspectos materiales y funcionales del centro, así como del conjunto de su tarea social y educativa y a los instrumentos y recursos materiales, metodológicos y humanos utilizados para dicha labor”*; por otro



lado, la adjudicataria habrá también de comunicar a la Delegación Territorial cualquier tipo de incidencia que tenga lugar en el centro y específicamente con relación a los menores acogidos. También se establece como obligación de la adjudicataria asumir las directrices y normativas dictadas por la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales.

Por otro lado, en el anuncio de la licitación publicado el 18 de enero de 2016 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 10, se llega a calificar el contrato como del tipo de servicios.

A la vista de todo lo anterior, este Tribunal concluye que la prestación se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, concretamente, en la categoría 25 “*Servicios sociales y de salud*” del Anexo II del TRLCSP, toda vez que no concurren en aquélla las características definitorias de la gestión del servicio público por el concesionario en los términos previamente expuestos, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio. Antes al contrario, en el PCAP se fija el presupuesto de licitación a tanto alzado correspondiente al número total de plazas a prestar, ascendiendo a 87, por lo que el coste de cada plaza pueden conocerlo fácilmente los licitadores dividiendo el presupuesto de licitación entre el número de plazas objeto del contrato. Además, el adjudicatario será retribuido por la Administración conforme al precio que haya ofertado y en función de las plazas concertadas, a lo que se une el hecho de que tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario, lo cual abunda en la idea antes expresada de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.



Por todas las razones expuestas, este Tribunal considera que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y alcanzar su valor estimado el importe de 704.700 euros. Asimismo, son objeto de impugnación en el recurso examinado el anuncio de licitación, el PCAP y el PPT, actos sujetos al recurso especial de conformidad con el artículo 40.2 a) del citado texto legal. Ello determina que este Tribunal, pese a la calificación del contrato en los pliegos como gestión de servicios públicos, pueda entrar a conocer del recurso interpuesto.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

En el presente supuesto, el anuncio de la licitación se publicó, el 18 de enero de 2016, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía; por otro lado, el 26 de enero 2016 se publicó el anuncio en el Boletín Oficial del Estado y con esa misma fecha en el perfil de contratante donde, asimismo, se publicaba la información y documentación necesaria para presentar oferta a la licitación, incluidos los pliegos. Por tanto, el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir de ese día, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Al haberse presentado el escrito de interposición del



recurso el 12 de febrero de 2016 en el Registro de este Tribunal, aquél se interpuso dentro del plazo legal indicado.

Y no resulta óbice a lo anterior el alegato del órgano de contratación relativo a que el anuncio de interposición del recurso se presentó el día 8 de febrero ante la Delegación Territorial de Cultura, Turismo y Deporte en Sevilla y no ante el órgano de contratación -la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Jaén- lo que podría conllevar a su juicio la invalidez de la presentación del recurso.

En este sentido se ha venido manifestando este Tribunal. Así, la reciente Resolución 63/2016, de 10 de marzo, indica, refiriéndose a su vez a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1996, que *“el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama, en lo que ahora importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 90/1986), muy especialmente cuando está en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción (SSTC 37/1995 y 55/1995), para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho (STC40/1996) (....)”* por lo que la falta del citado anuncio previo se estima que es un defecto subsanable, pues con dicho anuncio lo que se pretende es que el órgano de contratación tenga conocimiento del recurso para así suspender el curso del procedimiento de adjudicación, en el supuesto de que el acto recurrido haya sido la adjudicación e ir preparando el expediente de contratación para remitirlo al Tribunal.

En el presente supuesto este fin ha quedado cumplido con la remisión del recurso por parte de este Tribunal al órgano de contratación, por lo que no procede estimar este motivo de inadmisión.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.



La recurrente expone que existe una contradicción entre la cláusula 6.1. y la 7 del PPT, y ello porque la cláusula 6.1. denominada “obligaciones para el desarrollo de un programa de atención residencial básica” establece que la entidad responsable de la gestión del recurso deberá cumplir con determinados requisitos, entre ellos, el de la letra y) “aquellas otras que se deriven de (...) el Decreto 355/2003 de 16 de diciembre de acogimiento residencial de menores”. Argumenta que en la norma invocada se prevé -en su artículo 65.2- que “se tenderá a que el educador sea diplomado en Ciencias Sociales o de la Educación y preferentemente ostente la titulación de Educador Social” y que ello a su juicio queda contravenido con lo dispuesto en la cláusula 7 del PPT denominada “recursos materiales y humanos” donde se establece la plantilla mínima en función de cada lote, diferenciando entre varias categorías -director, educador, otros, psicólogo y trabajador social-, pues la reseñada como “otros” incumple lo establecido en la norma mencionada al comprender los siguientes perfiles: “técnico en intervención social o laboral, auxiliar educativo y mediador intercultural”.

Expone la recurrente que convendría que el órgano de contratación aclarara de forma más completa el alcance del perfil anteriormente mencionado “otros”, puesto que en su opinión la configuración actual puede no respetar lo dispuesto en el Decreto 355/2003 que impone una tendencia efectiva hacia la exigencia de la titulación vigente, actualmente la de el título de Grado en Educación Social para los profesionales del equipo educativo.

Por otra parte, el órgano de contratación considera que en ningún caso se produce colisión alguna entre lo dispuesto en la cláusula 6.1. del PPT y el artículo 65.2 del Decreto 355/2003, puesto que en el mencionado artículo y como indica la recurrente, no se impone una obligación sino que se aconseja que los educadores dispongan de titulación de Educador Social y añade que ello será siempre que sea posible y no exista circunstancias que lo impidan.

En este sentido, entiende el órgano de contratación que, dentro del equipo educativo, pueden tener encaje perfectamente otros perfiles profesionales



distintos al de educador; así, en el caso de menores inmigrantes, el perfil de mediador intercultural que tiene como objetivo la adaptación del menor dentro de un contexto lingüístico y cultural distinto al de origen.

De todo lo anterior se infiere que la recurrente combate la contradicción que encuentra entre la cláusula 7 del PPT y el contenido del artículo 65.2 del Decreto 355/2003 en cuanto que dicho precepto regula que *“se tenderá a que el educador sea diplomado en Ciencias Sociales o de la Educación y preferentemente ostente la titulación de Educador Social”*.

Sin embargo este Tribunal no encuentra la alegada contradicción ya que, como afirma el órgano de contratación, en el concreto precepto invocado no se establece realmente un requisito legal con respecto al personal que habrá de conformar los equipos educativos, sino que se enuncia una tendencia que habrá de tener lugar en lo relativo a la titulación de los educadores que compongan los equipos educativos. Por tanto, y en tanto que este Tribunal solo puede entrar a valorar cuestiones de legalidad y no de oportunidad, no se puede sino proceder a la desestimación de este motivo de recurso.

**SEXTO.** Finalmente, la recurrente considera que el PCAP no garantiza lo establecido en el artículo 13.2 de la anteriormente aludida Orden de 9 de noviembre de 2005, al establecer ésta que la *“Dirección General de Infancia y Familias elaborará una tabla anual de actualización de las tarifas con la variación citada -se refiere a la variación del IPC-, al objeto de su aplicación a todos los convenios que se puedan firmar durante el año en curso”*. Por otro lado, la recurrente considera que debería incluirse en el texto del PCAP una transcripción literal del artículo 19 de la mencionada Orden de 9 de noviembre de 2005.

Por otro lado, el órgano de contratación argumenta en su escrito con relación a la actualización de tarifas alegada por la recurrente, que las mismas se encuentran reguladas en el Anexo IV de la Orden de 9 de noviembre del 2005 y que para su modificación o actualización sería necesario una nueva disposición



reglamentaria que las modificara. En este sentido expone que no es de su competencia modificar de manera unilateral las tarifas puesto que no tiene competencia para ello. Asimismo, alega que la recurrente está utilizando la vía del recurso para forzar la modificación de las mencionadas tarifas, sin ser el procedimiento adecuado para ello.

Con respecto a la alegación relativa a la inclusión en los pliegos de lo previsto en el artículo 19 de la Orden de 9 de noviembre de 2005, expone el órgano de contratación que lo recogido en la mencionada Orden no puede ser modificado ni completado por el órgano de contratación, y habrán de ser cuestiones objeto de reclamación y negociación ante el órgano competente.

Visto lo anterior, se desprende que la recurrente en este motivo de recurso combate la configuración de los pliegos con relación al cumplimiento de lo regulado en la mencionada Orden de 9 de noviembre de 2005. En primer lugar, alega que los pliegos no garantizan la actualización de las tarifas incluidas en el Anexo IV y previstas en el artículo 13.2 de la Orden -aunque según el mismo artículo prevé, dicha actualización se habrá de realizar por la Dirección General de Infancia y Familias- y por otro lado considera que tampoco queda garantizado en los pliegos el contenido del artículo 19 del texto de la citada Orden en lo relativo a que *“el destino fundamental de la financiación de los centros deberá ser la remuneración, en las mejores condiciones posibles, de cada profesional que atiende a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en dichos centros”* puesto que al no tener conocimiento de que existan instrucciones para el cumplimiento de lo en ella establecido, solicita que se haga una referencia más exhaustiva del contenido del precepto en los pliegos.

Sin embargo, este Tribunal concluye que lo que la recurrente combate en este motivo de recurso son cuestiones que no han de quedar previstas en los pliegos, ya que por un lado, la revisión de las tarifas en este supuesto concreto no es una competencia del órgano de contratación, sino de la Autoridad Administrativa mediante Orden, con el objeto de homogeneizar los importes de las tarifas y sus actualizaciones en el ámbito de toda la Comunidad Autónoma. Con respecto al



otro motivo aducido por la recurrente y relativo a “*el destino fundamental de la financiación de los centros*” se deduce que también se refiere a un precepto de la Orden de 9 de noviembre de 2005, cuyo desarrollo es ajeno a los pliegos objeto del recurso.

Por ello, hay que dar la razón al órgano de contratación cuando argumenta que la recurrente pretende por medio del recurso especial impugnar cuestiones que no han de quedar recogidas en los pliegos, al no venir atribuida su regulación al órgano de contratación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso presentado por la **CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA** contra el anuncio y los pliegos que rigen el expediente de contratación denominado “*Gestión de servicio público para la atención en acogimiento residencial básico de menores con medida judicial o administrativa de guarda en acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores*” (Expte. 9CISPS/2015), tramitado por la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Jaén.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo



Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

