

Recurso 195/2015**Resolución 356/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 22 de octubre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio para la asistencia domiciliaria al amparo de la Ley 39/2006, de Dependencia” (Expte. PBN/10/2015), promovido por el Ayuntamiento de Marchena, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Mediante Resolución de la Alcaldía nº 989/2015, de 13 de agosto, se acordó la aprobación del expediente para la contratación del “Servicio para la asistencia domiciliaria al amparo de la Ley 39/2006, de Dependencia” (Expte. PBN/10/2015) y la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad y tramitación urgente.



El 17 de agosto de 2015, se publicó en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Marchena el anuncio de licitación del citado contrato.

El valor estimado de la contratación asciende a la cantidad de 500.000 euros .

SEGUNDO. Con fecha 24 de agosto de 2015, tuvo entrada en el Registro general del Ayuntamiento de Marchena recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil CLECE, S.A. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

El 2 de septiembre de 2015, se recibió en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación remitiendo el recurso, el informe al mismo y el expediente de contratación.

En el citado informe, se recogía el reconocimiento de las pretensiones deducidas por la recurrente por parte del órgano de contratación.

El listado de licitadores fue remitido con posterioridad, teniendo entrada en este Tribunal el 23 de septiembre de 2015.

TERCERO. El 23 de septiembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados concediéndoles un plazo de 5 días para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

Asimismo, el 8 de octubre de 2015, la Secretaría del Tribunal concedió nuevo plazo de 5 días a los interesados, al efecto de que presentaran alegaciones en relación al reconocimiento de las pretensiones de la recurrente efectuado por el



órgano de contratación en su informe, no habiéndose presentado en el plazo concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.



Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*



Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Marchena comunica que no dispone de un órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, 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 el presente supuesto, el recurso especial se ha interpuesto contra los pliegos que rigen la licitación en un contrato que pretende concertar una Administración Pública. En concreto, se trata de un contrato de servicios incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, no sujeto a regulación armonizada, pero cuyo valor estimado supera el umbral comunitario.



Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40, apartados 1 b) y 2 a), del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP establece que *“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 presente supuesto, el 17 de agosto de 2015, fue publicado el anuncio de licitación en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Marchena, figurando como documentos adjuntos los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Por tanto, estando los citados pliegos a disposición de los licitadores desde el día 17 de agosto de 2015, el cómputo del plazo para interponer el recurso comenzó el día 18 de agosto y, al haberse presentado el escrito de recurso en el Registro del órgano de contratación el 24 de agosto de 2015, el mismo está interpuesto en plazo.



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 funda su recurso en dos motivos:

1. Por una parte, señala que, tanto la cláusula novena del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), “Aspectos Objeto de Negociación con la Empresa”, como la cláusula duodécima del pliego de prescripciones técnicas (PPT), “Criterios de valoración para la adjudicación del contrato”, establecen que para la valoración de las ofertas y la determinación de la económicamente más ventajosa, se atenderá, entre otros aspectos, a la acreditación de experiencia similar en el municipio con hasta 19 puntos.

En este sentido, manifiesta la recurrente que este criterio de valoración es contrario a los principios de no discriminación y libre competencia, pues estaría generando una ventaja en la licitación a favor de las anteriores empresas adjudicatarias del servicio.

2. Por otra parte, alega la recurrente que pese a la obligación establecida en el artículo 120 del TRLCSP que señala que *«En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida...»*, no se ha realizado en los pliegos mención alguna con respecto al personal adscrito al servicio, ni se le ha



proporcionado información alguna, pese a haber sido requerido el órgano de contratación por medio de correo electrónico.

En consecuencia, la recurrente solicita que se acuerde la nulidad del criterio de adjudicación impugnado y se declare la obligación del órgano de contratación de incorporar a los pliegos la información requerida en el artículo 120 del TRLCSP.

En relación con ambos motivos de recurso, el órgano de contratación informa que deben ser estimadas la pretensiones de la recurrente. Señalando que, a estos efectos, procede suprimir de los criterios de adjudicación cualquier referencia a la experiencia similar en el municipio y, asimismo, facilitar a los licitadores, como documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación caso de llevarse a cabo.

SEXTO. Con carácter previo al estudio de los motivos en que éste se sustenta, procede analizar las consecuencias de las alegaciones del órgano de contratación, pues implican un reconocimiento de la pretensión del interesado.

El efecto de dicho reconocimiento no está expresamente regulado en la normativa reguladora del recurso especial, que se remite en lo no previsto en ella a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Administrativo de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin que en la citada ley tampoco se regule este reconocimiento de la Administración a las pretensiones de la recurrente, pues dicho reconocimiento solo puede concurrir en aquellos supuestos en que la Administración es parte en un procedimiento cuya resolución corresponde a otra instancia distinta.

Lo más similar lo encontramos en el proceso contencioso-administrativo, en cuya



regulación el reconocimiento de las pretensiones de la recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso, salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (art. 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Por ello, debe este Tribunal entrar en el fondo de la cuestión para determinar si la supresión, tanto de la cláusula novena del PCAP como en la cláusula doceava del PPT, en la forma pedida por la recurrente y aceptada por el órgano administrativo, contraviene el ordenamiento jurídico.

Pues bien, respecto de este primer motivo de recurso, tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Jurisprudencia se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 9/09, de 31 de marzo de 2009, señaló que “el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público”, circunstancias éstas, que tal y como señaló el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su resolución 29/2011, de 9 febrero, tampoco pueden ser utilizadas como criterio de valoración.

En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2008, considera contrario al principio de libre concurrencia las cláusulas de los pliegos que favorezcan a determinadas empresas por razón de su ubicación territorial indicando que *“a la vista de dicha cláusula, se observa que la*



formula empleada favorece y puntúa tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a los realizados en otras Comunidades Autónomas. Dicha diferenciación en el trato ha de reputarse discriminatoria, por carecer de fundamento objetivo y razonable, y ello es así por cuanto difícilmente puede justificarse la singularidad de las obras ejecutadas dentro del territorio de una determinada Administración Pública, frente a obras análogas desarrolladas en otro territorio, cuando no se ha motivado la existencia de unas particularidades propias y exclusivas de dicho territorio frente al resto. En este sentido, el TJCE en su sentencia de 16 de septiembre de 1999 (TJCE 1999, 199) (cuestión prejudicial suscitada por Austria) descarta toda discriminación de los contratistas, considerando contrario a ese principio el favorecimiento de «empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional», comportando tales discriminaciones una vulneración u obstáculo a la libre competencia; esto es, resulta del todo contrario al principio de igualdad el favorecimiento de una determinada región. Por todo ello, se declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula 7 impugnada, considerada contraria (sic) al principio de igualdad y discriminatoria".

Resulta evidente, por tanto, que los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas impugnadas.

Por tanto, la supresión de las cláusulas mencionadas, que el órgano de contratación acepta, es conforme a Derecho.



SÉPTIMO. Respecto del segundo motivo de recurso, manifiesta el órgano de contratación en su informe que, aun cuando el pliego no hace mención a la obligación de la adjudicataria de subrogarse en la posición de la empresa que ha venido prestando el servicio, tal obligación se encuentra recogida en el artículo 54 del vigente Convenio Colectivo de aplicación a las empresas dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio de Sevilla y provincia, por lo que resultaría de obligado cumplimiento para la posible nueva empresa.

Por lo tanto, el órgano de contratación debe cumplir con la obligación que le impone el artículo 120 del TRLCSP relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, que dispone que *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores en el propio pliego o en la documentación complementaria la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación a requerimiento de éste”*.

En consecuencia, la información sobre la subrogación resulta preceptiva en los pliegos o en la documentación complementaria, debiendo suministrarse a los posibles licitadores a fin de que puedan elaborar su oferta con toda la información precisa, siendo, por tanto, la pretensión de la recurrente y el reconocimiento de la misma por parte del órgano de contratación, acordes con lo dispuesto en la normativa contractual.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio para la asistencia domiciliaria al amparo de la Ley 39/2006, de Dependencia” (Expte. PBN/10/2015), promovido por el Ayuntamiento de Marchena.

SEGUNDO. 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.

