

Barcelona, 13 d'abril de 2023

Resolució: 255/2023 (recurs N-2022-0350)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.H.A., en nom i representació de l'ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO, contra la formalització de l'encàrrec del servei d'atenció domiciliària a SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA MP, SL, aprovada per l'AJUNTAMENT DEL MASNOU (expedient X2021008997), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 16 de desembre de 2021, el ple de l'AJUNTAMENT DEL MASNOU (des d'ara, l'Ajuntament), va aprovar definitivament l'expedient d'establiment i canvi de gestió del servei d'atenció domiciliària, així com l'encàrrec de gestió del servei d'atenció domiciliària en favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA MP, SL (en endavant, SUMAR).

La formalització de l'encàrrec va tenir lloc, segons s'indica en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya (PSCP) on s'allotja el perfil de contractant de l'Ajuntament, en data 27 de desembre de 2021. Tanmateix, el document de formalització va ser inserit en el perfil en data 22 de juliol de 2022.

L'import de l'encàrrec és de 943.454,58 euros, i es preveu un termini d'execució de dos anys.

SEGON. En data 29 de juliol de 2022, l'ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (en endavant, ASADE) va presentar davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra la formalització de l'esmentat encàrrec de gestió.

L'escrit de recurs conté una àmplia i profusa recopilació de les previsions normatives, doctrinals i jurisprudencials en relació amb els encàrrecs a mitjans propis, indicant puntualment els aspectes en els quals es posa en dubte el compliment dels requisits que resulten exigibles. En definitiva, es qüestiona que SUMAR no compleix els requisits legalment establerts per ser considerada mitjà propi de l'Ajuntament i que l'opció de la gestió directa per mitjà propi no és la més eficient.

En resum i per tal de sistematitzar l'anàlisi corresponent, les al·legacions en què es fonamenta el recurs estan referides a les qüestions següents:

1. Compliment dels requisits d'admissibilitat del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb les previsions de l'article 32 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP).
2. SUMAR no compleix amb els requeriments per ser considerada un mitjà propi del CCS. En particular, es qüestiona:
 - L'exercici d'un control anàleg al que ostentaria l'Ajuntament sobre els seus propis serveis, perquè els estatuts de SUMAR, si bé es garanteix la representació en la junta general de tots els socis, les seves decisions no són executives com per garantir una influència decisiva d'aquells i l'òrgan de govern de SUMAR no està controlat per la totalitat de socis -majoritaris i minoritaris- sinó només pels primers.
 - La participació residual de l'Ajuntament a SUMAR (0,052% del total de les participacions).
 - El 80% de les activitats de SUMAR no es correspondrien a l'activitat per a les persones jurídiques de les quals té la condició de mitjà propi, d'acord amb la memòria de 2020, publicada a la seva pàgina web. I s'indica que la càrrega de la prova de la concurrència d'aquesta circumstància correspon al poder adjudicador, en aquest cas, a l'Ajuntament.
3. L'encàrrec ha de quedar reflectit en els estatuts o actes de creació de l'ens destinatari de l'encàrrec, pel fet que no consta reconeixement exprés de la condició de mitjà propi de SUMAR respecte de l'Ajuntament del Masnou.

4. L'encàrrec ha de resultar necessari per al poder adjudicador per raons de seguretat pública o urgència. La justificació de l'encàrrec no inclou aquestes circumstàncies, sinó simples raons d'oportunitat.
5. L'encàrrec ha de ser l'opció més eficient i, en aquest sentit, no queda acreditat a l'expedient aquest extrem, tenint en compte que les justificacions econòmiques contingudes en l'expedient són clarament insuficients.
6. SUMAR té llibertat i vocació de mercat que no és compatible amb la seva consideració de mitjà propi, tant per l'àmbit geogràfic, com pel seu objectiu d'obtenció de beneficis, que mai reverteixen en l'ens local que efectua l'encàrrec. En aquest sentit, invoca, entre d'altres, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 1991/2022, de 20 de maig, de la qual es desprèn que SUMAR té llibertat i vocació de mercat que és incompatible amb la consideració de mitjà propi.

Per tot això, la recurrent entén que l'encàrrec objecte del recurs pot ser contrari a la normativa de contractació aplicable i que procedeix la seva anul·lació.

TERCER. En data 1 d'agost de 2022, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 5 d'agost de 2022, l'òrgan de contractació va completar la tramesa al Tribunal de l'expedient administratiu, així com l'informe relatiu al recurs, amb què s'hi oposa.

Del contingut de l'informe es desprèn que ASADE va interposar recurs contenciós administratiu interposat, en data 23 de febrer de 2022, contra l'acord adoptat pel ple municipal de l'Ajuntament del Masnou, de 16 de desembre de 2021, d'aprovació definitiva de l'expedient

d'establiment i canvi de gestió del servei d'atenció domiciliària, així com d'encàrrec de gestió del servei d'atenció domiciliària en favor de SUMAR. En aquest sentit, l'Ajuntament manifesta que el recurs especial conté els mateixos arguments que ja va esgrimir ASADE en les seves al·legacions en seu de l'expedient d'establiment i canvi de forma de gestió del servei en qüestió i d'encàrrec de gestió a SUMAR, així com en l'escrit de demanda del recurs contenciós administratiu número 79/2022-2A que es tramita davant el Jutjat contenciós administratiu 12 de Barcelona.

QUART. Dins del període d'al·legacions obert per aquest Tribunal a les parts interessades, i d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, en data 4 de gener de 2023, SUMAR, va presentar les seves al·legacions en termini, per tal de defensar, en resum, que té la condició de mitjà propi de l'Ajuntament del Masnou, aportant documentació relativa a l'entitat que, segons exposa, s'incorpora de manera sintetitzada i reforçada al dictamen elaborat per especialistes del sector que s'ha aportat en el marc del procediment contenciós-administratiu abans referenciat.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la Llei 9/2017, de Contractes del Sector Públic (LCSP), la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013).

SEGON. El recurs s'interposa contra la formalització de l'encàrrec de gestió realitzat per l'Ajuntament a SUMAR.

L'article 44.2 de la LCSP estableix expressament en el seu apartat e) que poden ser objecte de recurs:

“e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.”

I, prèviament, aquest mateix article, en el seu apartat 1 c), tercer incís, en relació amb els contractes als que han d'estar referits els actes objecte de recurs, estableix que (el subratllat és nostre):

“Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.”

Pel que fa a l'import de l'encàrrec, segons s'indica tant en l'anunci del perfil de contractant de l'Ajuntament, inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública, és de 943.454,58 euros, per la qual cosa s'aprecia que es tracta d'un encàrrec de gestió susceptible de recurs en matèria de contractació, per la seva quantia.

TERCER. Atenent el caràcter associatiu de la part recurrent, ASADE ha aportat, juntament amb els seus estatuts reguladors, un certificat acreditatiu de l'acord del seu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs, a efectes de l'anàlisi de la seva legitimació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (per totes, les resolucions 259/2022, 391/2020, 394/2019, 359/2019, 280/2019, 93/2019, 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017 i 142/2017 d'aquest Tribunal, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008).

És per això que el Tribunal aprecia que, en principi, ASADE pot tenir drets i interessos afectats per les condicions de l'encàrrec que impugna, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs, i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 f) de la LCSP i també s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

Ara bé, abans d'analitzar el fons de l'assumpte, és necessari pronunciar-se sobre l'admissibilitat d'aquest recurs especial atenent a les circumstàncies que concorren, com són la prèvia interposició d'un recurs contenciós administratiu per part d'ASADE contra l'acord plenari que va aprovar definitivament l'expedient d'establiment i canvi de forma de gestió del servei d'atenció domiciliària i l'encàrrec de la seva gestió a SUMAR, al·legant, segons es desprèn de l'informe emès per l'Ajuntament, els mateixos motius i irregularitats que ara invoca, i que estan sent objecte d'anàlisi per part del Jutjat contenciós administratiu número 12 de Barcelona, sense que s'hagi obtingut resolució en el moment d'interposició del recurs especial davant d'aquest Tribunal.

Aquestes circumstàncies han estat exposades tant per l'òrgan de contractació com per part de l'entitat SUMAR, havent omès la recurrent informació al respecte. Tanmateix, i amb independència de la finalitat amb la que s'interposa aquest recurs, la solució que procedeix és la seva inadmissió sense poder entrar en el fons de l'assumpte ni en els motius invocats, degut a què no és possible admetre la simultaneïtat del recurs especial en matèria de contractació amb la tramitació d'un recurs contenciós administratiu en el qual es resolguin motius substancialment idèntics, d'un mateix procediment, i entre les mateixes parts.

Els interessats poden optar per interposar el recurs especial regulat en la LCSP en els casos per als quals estigui previst, o bé interposar directament el recurs contenciós administratiu contra els actes que esgoten la via administrativa (com són tots els dictats per l'òrgan de contractació), però en cas d'optar pel recurs contenciós administratiu no és possible posteriorment sotmetre la mateixa impugnació per mitjà d'un recurs especial, en ser el recurs especial previ al contenciós administratiu.

Tampoc es pot entendre que constitueixi una excepció a la improcedència d'interposar ambdós recursos simultàniament, el fet de referir-se formalment a actes administratius diferents, dictats en l'àmbit d'un mateix procediment administratiu, com succeeix en aquest cas: en el procés judicial s'impugna l'acord plenari d'aprovació definitiva de l'expedient d'establiment del servei i canvi de gestió i d'encàrrec de la seva gestió a SUMAR, mentre que en el recurs especial s'impugna la formalització de l'encàrrec a SUMAR, que recull els termes i condicions de l'encàrrec prèviament adoptat, resultant, en conseqüència, que en els dos recursos s'estaria qüestionant materialment el mateix. D'una altra manera, es podria incórrer

en el perill d'obtenir resolucions contradictòries, al mateix temps que s'invertiria la regla general segons la qual són els òrgans jurisdiccionals els que revisen les resolucions d'aquest Tribunal.

En aquest sentit, la seguretat jurídica requereix que qualsevol procés declaratiu hagi de concloure necessàriament amb una resolució que compregui totes les qüestions controvertides actuals entre les parts respecte d'una mateixa relació jurídica o un mateix objecte del procés. Tot això, sense perjudici que aquells extrems incorporats al recurs especial que puguin no haver-se adduït en el recurs contenciós administratiu previ, pel fet que guarden relació directa amb l'acte posterior ara impugnat, de formalització de l'encàrrec, puguin ser invocats en el procés judicial de conformitat amb el previst a l'article 36.1 de la Llei 29/1998 de la jurisdicció contenciós administrativa.

Per tant, i malgrat la LCSP no contempla explícitament aquesta situació ni regula com a causa d'inadmissió la litispendència, tenint en compte la línia mantinguda pels tribunals administratius contractuals, que han vingut reconeixent aquesta possibilitat en el cas de recursos especials plantejats contra actes susceptibles d'aquest recurs pel fet de trobar-se pendents de resolucions judicials contra altres actes susceptibles anteriors (per totes, resolucions del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- 609/2022, 435/2022, 723/2018, 797/2016, 536/2013, acord 49/2020, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón –TACPA- , i resolució 282/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía –TARCJA-), correspon inadmetre el present recurs.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal,

ACORDA

1.- Inadmetre el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.H.A., en nom i representació de l'ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO, contra la formalització de l'encàrrec del servei d'atenció domiciliària a SUMAR,

SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA MP, SL, aprovada per l'AJUNTAMENT DEL MASNOU (expedient X2021008997), d'acord amb el fonament jurídic quart.

2.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

3.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 13 d'abril de 2023.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta