

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.R.F., como Secretario de Organización de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores, contra la adjudicación, anuncio, pliego y convocatoria del procedimiento de licitación del lote 3 del “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, número de expediente: 171/2016/00043, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Boletín Oficial del Estado, de 15 de abril de 2016, se publicó anuncio de licitación relativo al procedimiento de adjudicación del contrato denominado “gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado servicio de ayuda a domicilio, en la modalidad de auxiliar domiciliario, a adjudicar por procedimiento abierto”, tramitación de urgencia, con pluralidad de criterios de adjudicación, dividido en tres lotes.

Segundo.- La adjudicación del contrato, se acuerda por el órgano de contratación, mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, de fecha 24 de junio de 2016. Las notificaciones de adjudicación del contrato, en sus tres lotes, se remiten a los licitadores, mediante fax, el mismo día 24 anunciándose en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el mismo día.

El día 27 de junio de 2016, tuvo entrada, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de EULEN que fue resuelto Resolución 129/2016, de 30 de junio, estimándose el recurso “... *en cuanto a la calificación del contrato y la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación*”.

Tercero.- El 11 de julio de 2016, don J.R.F. presenta, ante el Registro del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del lote 3 del mencionado contrato, así como contra el anuncio, pliego y convocatoria del citado expediente, en su calidad de Secretario de Organización de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (en adelante UGT) en el que solicita:

- “1. *Excluya la oferta de la adjudicataria y,*
2. *Subsidiariamente, anule el procedimiento de contratación.*”

Igualmente aporta certificado, de fecha 11 de julio de 2016, de la adopción de acuerdo unánime de formular el recurso especial en materia de contratación, en la reunión celebrada por la Comisión Ejecutiva Regional de la Federación de Servicios Públicos de la UGT, el 5 de julio de 2016.

El 13 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha presentado escrito por Valoriza Servicios a la Dependencia, oponiéndose al recurso y solicitando la inadmisión o la desestimación. Asimismo se han formulado alegaciones por Eulen, de apoyo al mismo. En ambos casos su contenido será tenido en cuenta para la resolución del recurso en los Fundamentos de Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La calificación del contrato y la competencia del Tribunal para resolver el presente recurso fue objeto de análisis en la Resolución 129/2016, de 30 de junio, con ocasión de otro recurso interpuesto contra en este mismo procedimiento.

Segundo.- En primer lugar cabe examinar si se cumple el requisito procedimental de legitimación activa del recurrente, necesario para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

La legitimación activa se configura como una cualidad que habilita para actuar como parte demandante en un proceso. Si bien dicha legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación se reconoce respecto de los que tienen la condición de licitadores, la tendencia jurisprudencial es reiterada en el sentido de admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. Además la interpretación y valoración de la existencia de legitimación ha de realizarse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio *pro actione*.

Para precisar el alcance del citado precepto en caso de terceros interesados no licitadores, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca del concepto “*interés legítimo*” en el ámbito administrativo. La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral 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 o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

En el mismo sentido el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), considera interesados en el procedimiento administrativo a las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales en los términos que la Ley reconozca. Cabe mencionar que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en el artículo 19.1.b), reconoce legitimación en dicho orden jurisdiccional a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos. Por lo que, como este Tribunal ha señalado en anteriores Resoluciones, (Vid Resolución 150/2012 de 12 de diciembre), se reconoce en principio legitimación *ad procesum* al sindicato recurrente.

Los sindicatos tienen atribuida constitucionalmente y por los tratados internacionales suscritos por España, una función genérica de representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores.

Procede en este punto traer a colación las Sentencias del Tribunal Constitucional número 210/94, 257/88, 106/96, entre otras, las cuales, en síntesis afirman que *“(...) la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que corresponde a los Sindicatos, no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, por lo que, en cada caso en que el sindicato ejercite acciones, se exige un vínculo o conexión entre el propio Sindicato y la pretensión ejercitada. Y ese vínculo no puede ser otro que un interés en sentido propio, específico y cualificado”*.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2009, de 7 de septiembre, en el Recurso de amparo 4485/2005, en relación con la legitimación de los Sindicatos para ejercer acciones en el orden contencioso-administrativo, invoca numerosos pronunciamientos del Tribunal (SSTC 358/2006, de 18 de diciembre; 153/2007, de 18 de junio; 2002/2007, de 24 de febrero; 4/2009, de 12 de enero) que han ido conformando jurisprudencia consolidada que se resume en que *“tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que es posible en principio reconocer legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores”* pero añade *“también venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos tenga 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”*.

Distingue por tanto entre una primera legitimación abstracta o general de los sindicatos (legitimación *ad procesum*) y una exigencia adicional relativa a la concurrencia de conexión entre la organización que recurre y la pretensión ejercitada (legitimación *ad causam*), precisando determinar en cada supuesto si existe un

vínculo entre el sindicato y la pretensión que ejerce, materializado en un interés económico o profesional.

El artículo 24 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el RD 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

La vinculación de cada una de las pretensiones del recurso con el interés colectivo que representa el sindicato determina la legitimación activa, en cuanto pueda concurrir un vínculo especial y concreto entre el objeto del recurso y el recurrente que pueda traducirse en un interés cualificado y específico consistente en la evitación cierta de un perjuicio, por lo que procede su análisis.

En cuanto al acto de adjudicación se invoca legitimación dado que la oferta de la adjudicataria no alcanza a cubrir los costes salariales del servicio poniendo en grave riesgo el cumplimiento de las obligaciones laborales y el abono de los sueldos, salarios y cotizaciones sociales que corresponden a los trabajadores cuya representación sindical y legal ostenta Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores. Consecuentemente, deriva que tiene un interés directo en este recurso en cuanto trata de evitar que, como consecuencia de una oferta ruinosa por parte de una empresa que no tiene solvencia suficiente para asumir las pérdidas que se van a generar, se vean perjudicados los derechos e intereses legítimos de los trabajadores cuya representación ostenta.

Procede, en primer lugar, analizar el motivo de recurso consistente en la insuficiencia del importe de la oferta adjudicataria para hacer frente a los gastos de

ejecución de la prestación del contrato cuyo componente principal es la mano de obra. Se invoca el efecto directo del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE. Si bien, tal como establece la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 18.2 los Estados miembros deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables internacional enumeradas en el Anexo X, no se invoca en el recurso que se incurra en ninguna infracción concreta de la normativa aplicable que afecte a los trabajadores más allá de un futuro e hipotético incumplimiento derivado de una insuficiencia del importe de la oferta adjudicataria. Al contrario, consta en el expediente el compromiso expreso de la adjudicataria de subrogación de los trabajadores y del cumplimiento durante la vigencia del contrato de las condiciones laborales del personal. La legitimación activa requiere de un beneficio cierto y efectivo, es decir, que se invoque en qué medida la pretensión solicitada implica un interés público que deba ser tutelado en vía de recurso, no siendo suficiente invocar la evitación de un posible o hipotético incumplimiento futuro de la normativa social o laboral.

En segundo lugar se invocan otros motivos de recurso referidos al contenido del PCAP. Así, se considera que el importe de licitación es insuficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales pues el margen previsto para este contrato es tan exiguo en comparación con el legalmente establecido, que lamina cualquier posibilidad de competencia social y laboralmente responsable.

Sin perjuicio de lo que se dirá respecto del tiempo para invocar cuestiones relativas al contenido de los pliegos, el importe del presupuesto de licitación legitima evidentemente a los interesados en participar en la convocatoria que deben formular sus ofertas teniendo en cuenta todos los costes necesarios para efectuar la prestación en que consiste el contrato de servicios. No obstante un sindicato ni es licitador ni puede serlo. El beneficio que pudiera repercutir en los trabajadores a los que representa estaría justificado si se prueba que con el importe de licitación no es

posible hacer frente a los costes del personal que según pliegos necesariamente han de ponerse a disposición de la ejecución del servicio. Sin embargo eso no ocurre en el presente caso, como antes hemos dicho en relación a la impugnación de la adjudicación no se acredita que el importe sea insuficiente para hacer frente a las obligaciones laborales, dependiendo del adjudicatario la adecuada gestión y organización de los recursos humanos para hacer rentable el contrato cumpliendo con la normativa laboral y social. El recurrente presenta unas consideraciones particulares en las que cuestiona la capacidad futura de la empresa para atender sus obligaciones para alcanzar la conclusión de que esa situación afectará a los derechos de los trabajadores. Aún admitiendo la veracidad de los cálculos de costes presentados en el recurso no puede afirmar que la consecuencia resultante sea necesariamente la vulneración de los derechos de los trabajadores. La vía para la defensa de los derechos de los trabajadores (si éstos se vulneran y sólo cuándo resulten vulnerados, no antes) será la jurisdicción social, nunca la interposición de un recurso especial en materia de contratación, que ni es la jurisdicción, ni tiene competencia alguna. En definitiva, la abstracta invocación de los derechos laborales de los trabajadores no permite apreciar un interés cierto, real y efectivo que permita reconocer, conforme a la jurisprudencia citada, la legitimación de los sindicatos para impugnar los pliegos.

En conclusión, la recurrente no ha acreditado de manera concluyente que el presupuesto o la oferta sean inferiores a los costes de la mano de obra ni que el precio a abonar a los trabajadores no se corresponda con el que legalmente sea aplicable.

Con la estimación del recurso no obtendría un beneficio dicha organización sindical, ni los trabajadores adscritos a la prestación del servicio sino que la ventaja, en su caso, sería a favor de las empresas que participaron en el concurso y no resultando adjudicatarias obtendrían una nueva oportunidad. No se acredita el beneficio que en las condiciones laborales de los trabajadores representados por el

sindicato recurrente depararía una eventual estimación del recurso y por tanto, carecen de legitimación activa.

Por otra parte, se acredita la representación del firmante del recurso y se ha aportado acuerdo del órgano estatutario competente para tomar la decisión de interposición del recurso.

Tercero.- El cuanto al plazo de interposición del recurso a que se refiere el artículo 44.2 del TRLCSP, como hemos visto y dado que se dirige contra distintos actos conviene diferenciarlos para dicho cómputo.

Alega el recurso que el sindicato no ha formulado oferta por lo que no ha aceptado incondicionalmente el contenido del pliego y no está afectado por los plazos de impugnación de éste, pues no se indicaba la procedencia del recurso especial en materia de contratación. El hecho de que el Ayuntamiento de Madrid haya calificado erróneamente el contrato, impide que se inicien cualesquiera plazos preclusivos, ya que ni el anuncio, ni el pliego, ni la adjudicación indican la procedencia del recurso especial en materia de contratación, pues no contienen un pie de recurso correcto.

El recurso especial en materia de contratación dirigido a combatir los pliegos de un contrato está sujeto a los plazos de interposición regulados, tanto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, como en el artículo 19, apartados 1 y 2 del REPER. Lo contrario, sería tanto como dejar abierta la vía de impugnación de esos documentos, que rigen la licitación en el procedimiento, *sine die*, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello supondría. Por todo lo anterior, y además habida cuenta de que el contrato se encuentra adjudicado al momento de presentación del recurso especial contra los pliegos, el recurso es extemporáneo.

La aplicación del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, impide admitir el recurso contra los actos previos a la adjudicación como los pliegos o la propia convocatoria.

Es más, la consideración del contrato como contrato de gestión de servicios públicos de plazo inferior a cinco años y sin gastos de establecimiento, pudo llevar a los interesados a considerar procedente otros recursos distintos del que ahora nos ocupa, pero que también cuentan con plazo de interposición y no fueron interpuestos. En ningún caso consta la oposición del sindicato al clausulado de los pliegos que ahora pretende impugnar. El sindicato que ahora expone lucidamente sobre la adecuada calificación del contrato pudo hacerlo de encontrar ilegalidad en los actos que ahora pretende recurrir. En caso contrario, de aceptar la calificación del tipo contractual tampoco hizo uso del recurso procedente ni del administrativo ni del contencioso administrativo. Lo contrario supondría dejar abierta la vía de impugnación de esos documentos, que rigen la licitación, *sine die*, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello supondría.

Procede, en este punto poner de manifiesto la extrañeza que produce, que una organización como quien recurre, garante de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores, cuya representación ostenta y que, por lo tanto, era perfecta concedora de la convocatoria de licitación del procedimiento, no combatiera en plazo el contenido de los pliegos, en los que se configuró, a su entender, un presupuesto de licitación insuficiente, y muy a la contra, espere al momento de adjudicación del contrato, para recurrirlos. Sigue sorprendiendo que, además, la impugnación se limite al lote 3, cuando las normas del procedimiento se aplican a todos los lotes.

La presentación de recurso contra el anuncio y los Pliegos solo cabe en el plazo señalado, rebasado por la entidad recurrente.

No cabe duda alguna que la UGT conocía perfectamente la convocatoria de licitación y la resolución del proceso de licitación, por lo que de considerarlo lesivo a los intereses colectivos que representa pudo formular, en plazo, cualquier recurso, ya que la Administración, aunque exista error en la calificación, viene obligada a recalificar y tramitar como si del recurso adecuado se tratara, cualquier recurso

elegido por el administrado que exprese su voluntad y carácter de recurrir (artículo 110 de la Ley 30/1992 LRJyPAC).

En cuanto a la adjudicación, esta no fue notificada individualmente al sindicato recurrente al no tener la consideración de interesado en el procedimiento. La publicación de la misma en el perfil de contratante tuvo lugar el día 24 de junio, fecha a partir de la cual pudo tener conocimiento de la misma, siendo interpuesto el recurso el día 11 de julio, por tanto dentro de plazo.

Cabe aún hacer otra observación en cuanto a la interposición del recurso, alegada por Valoriza en su escrito de alegaciones, cual es que no ha procedido a anunciarlo ante el órgano de contratación. Al efecto cabe considerar que el artículo 44 del TRLCSP, establece: *“Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso”*.

El artículo 17 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (REPER), establece que la presentación del escrito de interposición del recurso ante el órgano de contratación producirá además los efectos del anuncio del recurso. En este caso el recurso se presentó ante el propio órgano de contratación el 11 de julio, constando además que el 29 había sido presentado el anuncio previo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de

Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial, interpuesto por Julián Rollón Ferigal, como Secretario de Organización de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores, contra la adjudicación, anuncio, pliego y convocatoria del procedimiento de licitación del lote 3 del “Servicio de Ayuda a Domicilio en la modalidad de auxiliar domiciliario”, número de expediente: 171/2016/00043, por falta de legitimación activa respecto de la adjudicación y por extemporáneo respecto del anuncio, pliego y convocatoria.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.