

Recurso 206/2019**Resolución 227/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 9 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTENZIA CARE SERVICES 2015, S.L.**, contra el anuncio de licitación del contrato denominado “Prestación de servicio de ayuda a domicilio por Ley de dependencia grados II y III”, convocado por el Ayuntamiento de Guadalcanal (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 13 de mayo de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.440.000 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al



ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La entidad ASISTENZIA CARE SERVICES 2015 S.L. (en adelante ASISTENZIA) presentó en el Registro electrónico de este Tribunal, el 3 de junio de 2019, recurso especial contra el anuncio de la licitación anteriormente indicada. La entidad recurrente solicita además la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 4 de junio de 2019, se solicita al órgano de contratación que remita el preceptivo informe relativo al recurso interpuesto, el expediente de contratación, las alegaciones relativas a la solicitud de la medida cautelar instada por la recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 18 de junio de 2018.

QUINTO. El órgano de contratación remitió a este Tribunal, el 5 de julio de 2019, el certificado en el que constan las entidades participantes en la presente licitación, en el que no figura la entidad recurrente ASISTENZIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, 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.

En el supuesto examinado, el órgano de contratación -una Corporación Local de Andalucía-, ha puesto de manifiesto en la documentación remitida que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Debe analizarse ahora la legitimación de la entidad recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Sobre esta cuestión se ha manifestado este Órgano, entre otras, en sus Resoluciones 280/2018, de 10 de octubre y 298/2018, de 23 de octubre, al indicar que *“la procedencia del recurso especial contra el acto que venimos examinando, habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso. En el mismo sentido expuesto, se vienen pronunciado otros Tribunales de Recursos Contractuales como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo).”*

En el presente supuesto la entidad recurrente combate la calificación del contrato como concesión de servicios al entender que el órgano de contratación no ha realizado las actuaciones preparatorias exigidas en la LCSP y que otras licitaciones cuyas prestaciones tienen una naturaleza similar al del presente procedimiento se han considerado como contratos de servicios y no como concesión de servicios.



En este sentido, argumenta que en la documentación publicada por parte del órgano de contratación no figuran los informes exigidos por la ley para este tipo de contratos: en concreto, la recurrente hace referencia al estudio de viabilidad, a que no se han fijado las condiciones de la prestación del servicio, las tarifas, su revisión, el canon que se hubiera de satisfacer a la Administración y que no se ha distribuido el riesgo entre la Administración y el concesionario y que por tanto -a su juicio- la licitación es nula ya que debería haberse calificado como contrato de servicios.

Además de lo anterior, manifiesta que no existe traslado del riesgo operacional al concesionario puesto que se establece un precio/hora por el servicio a prestar, un valor estimado para todo el contrato sujeto a mínimas fluctuaciones y una partida presupuestaria que incluye el coste del servicio.

Sin embargo, este Tribunal, tras haber analizado el contenido del recurso, ha llegado a la conclusión de que la entidad ASISTENZIA no argumenta en qué medida las cuestiones que combate le han restringido el acceso a la licitación y lo cierto es que finalizado el plazo de presentación de ofertas no ha participado en la misma.

Supuestos similares al presente han sido analizados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resoluciones 902/2015, de 5 de octubre, 924/2015, de 9 de octubre, 967/2015, de 23 de octubre, 790/2018, de 14 de septiembre). En la última de las resoluciones mencionadas se señala que: *«no resulta apreciado el interés legítimo de la recurrente, toda vez que resulta acreditado que no ha formulado oferta en el proceso de licitación impugnado, dejando precluir el plazo establecido al efecto y sin impugnar un requisito o exigencia de los pliegos que haya impedido su personación en el proceso de licitación, por lo que puede afirmarse que en ningún caso resultaría afectada por la decisión objeto del recurso»*.

Indica la entidad recurrente que sería licitadora al presente procedimiento si los pliegos administrativos fueran conforme a derecho, de manera que se ve



directamente perjudicada. Respecto a esta cuestión consideramos que si la decisión o voluntad de la recurrente hubiera sido la de participar en el proceso de licitación, lo hubiera podido hacer ya que en el PCAP no se ha establecido ninguna condición especial de ejecución ni requisito de solvencia que restrinja la participación en la licitación y que le impida poder participar, de lo cual se desprende que la voluntad de la recurrente no va más allá de la mera legalidad ordinaria desvinculada de la efectiva voluntad de participación en el proceso de contratación».

En la mencionada resolución también se manifiesta lo siguiente: «A la vista de esta doctrina, la recurrente no ha presentado oferta de ningún tipo, y el plazo de presentación de ofertas ya ha precluido. Como consecuencia de lo anterior, el recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente- el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre. Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), circunstancia esta que no es el caso ahora examinado. Por el contrario, no tratándose de un supuesto que impida licitar al recurrente, el Tribunal ha inadmitido el recurso por falta de legitimación».

Sobre lo anteriormente mencionado, este Tribunal invocó en las Resoluciones 227/2014, de 24 de noviembre, 30/2017, de 9 de febrero, y 222/2018, de 20 de julio, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de mayo de 2008, que expone lo siguiente: «Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, la legitimación viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o



interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión “interés legítimo”, utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo”, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir en que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).»

Al respecto, ya se ha manifestado que una ausencia clara de legitimación debería abocar a la inadmisión del recurso. En este supuesto, como se ha indicado, la recurrente no alega los motivos que le han restringido el acceso a la licitación sino que realiza una defensa genérica de la legalidad ordinaria, es por ello, que conforme a la doctrina analizada debe concluirse que la recurrente carece de legitimación activa por ausencia de interés legítimo con arreglo a los términos previstos en el artículo 48 de la LCSP.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes requisitos de admisión del recurso e impide



entrar a conocer los motivos en que el mismo se sustenta, así como sobre la medida cautelar de suspensión solicitada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTENZIA CARE SERVICES 2015, S.L.**, contra el anuncio de licitación del contrato denominado “Prestación de servicio de ayuda a domicilio por Ley de dependencia grados II y III”, convocado por el Ayuntamiento de Guadalcanal (Sevilla), por no estar legitimada la recurrente para su interposición.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

