

Recurso 70/2020

Resolución 133/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 28 de mayo de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLAROS SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERES SOCIAL** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación del contrato administrativo especial “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Roquetas de Mar mediante concierto social” (Expte. 1/19-AE), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 3 de febrero de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas ,del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 8.574.783,72 euros.



SEGUNDO. Según la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares el concierto social se configura como un contrato administrativo especial de conformidad con lo establecido en el artículo 25.1.b) de la LCSP, rigiéndose en primer lugar por la normativa específica de aplicación establecida en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el pliego y el resto de los documentos de carácter contractual. En lo no regulado expresamente en dichos documentos se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 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 nueva LCSP.

TERCERO. El 20 de febrero de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CLAROS SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERÉS SOCIAL (en adelante CLAROS) contra el anuncio de licitación, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) del citado contrato.

Del citado escrito se dio traslado al órgano de contratación mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 21 de febrero, en el que se le reclamaba, igualmente, el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar solicitada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida fue recibida en este Tribunal, certificándose la inexistencia de licitadores.

CUARTO. El 20 de febrero de 2020, este Tribunal dictó Resolución adoptando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes



al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 Ayuntamiento de Roquetas de Mar, ha enviado el expediente de contratación, el certificado de la ausencia de licitadores y el informe sobre el recurso; por tanto, aun cuando no ha manifestado expresamente que carezca de órgano propio para resolver el recurso, la remisión de la documentación relativa al mismo indicando que este es enviado para su resolución, pone de manifiesto que no dispone de aquel, y ello determina que corresponda a este Tribunal la resolución del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto: *«En caso de que las entidades locales y los 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.»*

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial. En este sentido, en su escrito de recurso la entidad alega que impugna los pliegos y el anuncio al perjudicarse sus legítimos derechos toda vez que reúne la condición de Cooperativa de Interés Social y sin ánimo de lucro que tiene como una de sus principales actividades la de servicios de ayuda a domicilio como los que se licitan en



este acto, siendo adjudicataria de contratos como el que aquí acontece, entendiendo que los criterios de adjudicación elegidos contravendrían los principios de igualdad y no discriminación.

En consecuencia, ostenta legitimación.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

En relación con el tipo de contrato, el recurso se formula contra el anuncio de licitación y los pliegos para la adjudicación de un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que procede la interposición de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de dicha LCSP.

En cuanto a los actos objeto de recurso, el mismo se ha interpuesto contra el anuncio de licitación y los pliegos, actos susceptibles de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.^a) de la LCSP

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) 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 se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante».

En el supuesto examinado, el anuncio, el PCAP y el PPT se publicaron el 3 de febrero de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose ese día a disposición de las entidades interesadas el contenido del mismo y demás documentos contractuales, por lo que al haberse



presentado el escrito de recurso el 20 de febrero de 2020, con las exigencias previstas en el artículo 51.3 de la LCSP, se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Procede a continuación exponer los motivos del recurso. Conviene precisar antes que nada que si bien el recurso se dirige formalmente contra en anuncio de licitación el PCAP y el PPT, su contenido material impugnatorio se centra en una determinada cláusula del PCAP.

El recurso sostiene que el PCAP vulnera los principios de igualdad, transparencia y libre competencia consagrados en los artículos 65 y ss, 131 y 132 de la LCSP, en concreto en lo relativo a los criterios de solvencia exigidos a los licitadores contenidos en su cláusula 0 apartado F), intitulado “Documentación Acreditativa de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional”, concretamente en el apartado relativo a la “solvencia técnica o profesional”, de manera que la exigencia de una presencia previa en la zona, esto es, en el municipio de Roquetas de Mar, constituye una práctica proscrita en estos casos al amparo del instituto jurídico del “arraigo territorial de la empresa licitadora o adjudicataria” .

Añade que el requisito no es exigible para el que finalmente resulte adjudicatario, sino que se incorpora como prius para poder acceder a licitar en el procedimiento, lo que sin duda constituye una limitación de acceso a la licitación claramente antijurídica y por tanto nula de pleno derecho.

El órgano de contratación en su informe al recurso se reitera en su informe al recurso 54/2019 presentado contra estos mismos actos y por similar motivo. Así, defiende la cláusula en cuestión apelando al régimen jurídico del contrato. En este sentido alega que el concierto social se configura como un contrato administrativo especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.b) de 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; y se ajustará, entre otros, a los siguientes principios: acceso a los servicios en condiciones de igualdad, de acuerdo con el principio de universalidad; vinculación afectiva o terapéutica, considerando los aspectos familiar, convivencial o profesional; eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados en la planificación del Sistema Público de Servicios Sociales; eficacia en el uso de los recursos; proximidad a la población de referencia; transparencia; igualdad y no discriminación en el procedimiento de concertación; atención especializada y de calidad centrada en la persona usuaria, entre otros.



Alega que se entiende por concierto social el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean público. El régimen jurídico del concierto social viene regulado por el Decreto 41/2018, de 20 de febrero de la Junta de Andalucía, en desarrollo de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

Añade que al tratarse de un contrato de servicios a los ciudadanos de carácter social contemplado en el Anexo IV de la LCSP, de conformidad con la Disposición adicional cuadragésima séptima, se han establecido en los pliegos que rigen la presente contratación mecanismos para garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios y la innovación en la prestación del servicio.

El citado decreto regulador del concierto social dibuja esta figura administrativa especial que prioriza la contratación de entidades sin ánimo de lucro para la prestación de servicios sociales públicos. Esta modalidad de gestión indirecta, prevista en la legislación andaluza en vigor desde 2017 y acorde con la actual normativa estatal de contratación pública, viene a sustituir a las actuales fórmulas de convenios de colaboración.

Continúa señalando que la norma aprobada establece para este nuevo tipo de concierto exigencias específicas que responden a las particularidades de los servicios sociales. De este modo, se valoran principios como los vínculos preexistentes de tipo afectivo o terapéutico de las entidades con las personas; la atención continuada a personas, familias o grupos; la proximidad a la población destinataria y la asistencia especializada y de calidad. El objetivo es mantener al máximo una prestación en el entorno y con los mismos referentes personales y profesionales, capaz de garantizar la seguridad emocional que necesitan las personas que viven en residencias o asisten a centros de día.

En conclusión, entiende el órgano de contratación que los criterios de arraigo territorial, ya operen como condición de solvencia (como es el caso) o como criterios de adjudicación, no suponen una restricción a la concurrencia y a la libertad de acceso, ni resulta por tanto discriminatorio, ya que de acuerdo con la normativa citada de servicios sociales (artículo 8 del Decreto 41/2018, relativo a Requisitos de acceso al régimen del concierto social, establece que las licitadoras deberán cumplir, al menos, los siguientes



requisitos establecidos en el artículo 105.1 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, entre los que están: b) Acreditar su presencia en la zona en la que se vaya a prestar el servicio. Ello no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área) y la naturaleza del propio contrato administrativo, especial, su imposición está justificada por razones imperiosas de interés general, necesarias para garantizar la realización del objetivo que con el contrato se persigue, y que se aplican de forma proporcionada, sin ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar dicho objetivo.

En su opinión cabría pues, admitir este requisito de solvencia ya que considera evidente que la presencia en el ámbito geográfico municipal se encuentra directamente vinculada con el objeto del contrato (servicios de ayuda a domicilio de personas mayores en situación de dependencia que recaen en actuaciones de carácter personal y doméstico a llevar a cabo en el día a día) y su concurrencia implica sin duda un beneficio significativo en la ejecución de las prestaciones, que, por lo demás, es lo que busca el órgano de contratación a la hora de establecer los criterios de aptitud o solvencia (Resolución 76/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre arraigo territorial y su utilización excepcional vinculada a la naturaleza del contrato y la necesidad que se satisface). En esta resolución se concluye con que no es posible dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. En consecuencia solicita la desestimación del recurso.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede señalar que la Resolución 132/2020 de este Tribunal, dictada en relación con en el recurso 54/2019, ha anulado la cláusula controvertida alcanzando a parte de la que es objeto el presente recurso, la acreditación de la presencia previa en la zona, esto es, en el municipio de Roquetas de Mar, por lo que procede reproducir lo que en ella señalamos:

“El órgano de contratación basa su defensa de la controvertida cláusula del PCAP en las particularidades de este tipo de contratos, cuyo régimen jurídico permitiría la cláusula.

La cláusula 0 del PCAP, “cuadro anexo de características”, en su apartado F, “documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional”, establece:

-Solvencia técnica o profesional: se acreditará por los medios establecidos en el art. 90 de la LCSP, específicamente a través de:



Declaración responsable que contenga los siguientes extremos:

(...)

o Acreditación de la presencia previa en la zona, esto es, en el municipio de Roquetas de Mar

o Haber prestado atención de manera continuada, durante al menos 3 años en el ámbito al que se refiere el presente contrato, en la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio”

Como hemos dicho, el órgano de contratación defiende la cláusula en base al artículo 8 del Decreto 41/2018, relativo a los requisitos de acceso al régimen de concierto social, que establece que los licitadores habrán de cumplir una serie de requisitos.

Pues bien, el artículo 105 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone, en los aspectos atinentes al presente recurso:

“Artículo 105. Requisitos de acceso al régimen del concierto.

1. Las entidades solicitantes deberán cumplir, además de los requisitos que se determinen reglamentariamente, los siguientes requisitos:

a) Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita.

b) Acreditar su presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio.”

En desarrollo de este precepto, el artículo 8 del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, establece:

“Artículo 8. Requisitos de acceso al régimen del concierto social.

1. Las entidades licitadoras deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos, establecidos en el artículo 105.1 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre:

a) Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita.



b) Acreditar su presencia en la zona en la que se vaya a prestar el servicio. Ello no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área.”

De los dos requisitos en cuestión, el primero de ellos, haber prestado atención de manera continuada durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita, carece de toda referencia espacial o limitativa en función del lugar en el que se hayan prestado esos servicios.

El segundo de los requisitos, acreditar su presencia en la zona en la que se vaya a prestar el servicio, si contiene una referencia espacial, si bien la norma reglamentaria se encarga de precisar que ello no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio en dicha área.

A los efectos de indagar y determinar el sentido del precepto podemos acudir a analizar sus antecedentes legislativos, como señala el artículo 3 del Código civil, y en particular el procedimiento de elaboración y aprobación de la norma legal y de la norma reglamentaria. En este sentido, en el Boletín Oficial del Estado número 273, de 10 de noviembre de 2017, se publicó la Resolución de 26 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

La letra b) del citado Acuerdo señala:

“b) La Comunidad Autónoma de Andalucía interpretará el apartado 1.b) del artículo 105, en el siguiente sentido:

La «presencia previa» se entiende en su sentido más literal como mera existencia, real o hipotética, de la entidad en el área territorial en su sentido más amplio, es decir, no supone una implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación como requisito previo de acceso al concierto social. No implica exigir una experiencia prestadora de servicio social de forma necesaria, ni siquiera que haya estado operando en el momento de acceder al concierto.

De la misma manera, la «zona» es un concepto genérico sin significado técnico preciso, por lo que no se entiende como zona acotada específica que pueda significar una restricción territorial.”



Cabe precisar que si bien este Acuerdo se refiere a la interpretación de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, resulta plenamente aplicable para desentrañar el alcance de los requisitos en la norma reglamentaria. Y en este sentido, procede reproducir lo advertido por el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 58/2018, de 7 de febrero, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los Servicios Sociales a través de la figura del Concierto Social en la Comunidad Autónoma de Andalucía respecto del artículo 8:

“8.- Artículo 8, apartado 1, párrafo b). Esta norma pretende concretar el requisito de acreditación de “presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio”, cosa que se hace “en los términos establecidos en el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, publicado en el BOE n.º 273 de 10 de noviembre de 2017, por Resolución de 26 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Coordinación Territorial”.

El Consejo Consultivo conoce la problemática generada por este requisito, previsto en la Ley 9/2016, y presente también en otras leyes, algunas tan recientes como la de Navarra. Ciertamente, la interpretación contenida en dicho acuerdo ha evitado un conflicto constitucional, sin embargo no es posible que una norma de estas características se configure por remisión a un acuerdo de la citada Subcomisión. Lo que tiene que hacer el Proyecto de Decreto es trasladar al texto reglamentario, de manera precisa y prudente, el significado que en dicho acuerdo se atribuye al requisito de presencia. Hablamos de prudencia para evitar el surgimiento de nuevas discrepancias con el Estado, en el plano interno, y una eventual interpretación desacorde con la jurisprudencia del TJUE.”

Por todo ello, podemos concluir que la cláusula controvertida del PCAP, ha introducido una limitación territorial contraria al alcance que ha de darse al precepto conforme a lo expuesto, al exigir la acreditación de la presencia previa en la zona por referencia al municipio de Roquetas de Mar; así como haber prestado atención de manera continuada, durante al menos 3 años en el ámbito al que se refiere el contrato, en la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, en principio resulta cuando menos cuestionable que dicha cláusula pueda encontrar amparo al menos de forma directa, como alega el órgano de contratación, en lo



dispuesto por la disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP, y ello porque ha configurado el contrato como un contrato administrativo especial por concierto social, no como un servicio o concesión de servicios, que son a los que se refiere la misma. En este sentido conviene recordar que de conformidad con lo establecido en artículo 100.1 y 3 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, la gestión directa, el régimen de concierto social previsto en dicha ley y la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público son fórmulas para prestar este servicio, habiendo optado el Ayuntamiento por la vía del concierto social.

Cabe añadir que, en cualquier caso, la disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP deja a salvo, y en lo que al presente caso interesa, la aplicación de las disposiciones de la propia ley relativas a las condiciones mínimas de solvencia.”

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto, anulando la cláusula objeto del mismo.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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 **CLAROS SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERÉS SOCIAL** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación del contrato administrativo especial “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Roquetas de Mar mediante concierto social”(Expte. 1/19-AE), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería) y, en consecuencia, anular dicho pliego en el sentido expuesto en la presente resolución, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.



SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

TERCERO. 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.

