



Recurso nº 320/2012

Resolución nº 018/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.A.C. en representación de Acción Sindical y Empleo del Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO de la Comunidad de Madrid, contra el Anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la licitación del “Servicio de Restauración del Palacio de Congresos de Madrid” (Expediente nº 020012C0053) del INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación de TURESPAÑA convocó, mediante anuncios publicados en el BOE y en la Plataforma de Contratación del Estado los días 1 y 3 de diciembre de 2012, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto, del contrato de “Servicio de Restauración del Palacio de Congresos de Madrid”, con un plazo de ejecución de cuatro años.

La tramitación de dicho contrato se promovió por el procedimiento de urgencia, debido a que la empresa adjudicataria comunicó su voluntad de poner fin al contrato por la situación de crisis financiera, y la posterior licitación convocada al efecto se declaró desierta por falta de licitaciones, lo que dio lugar a la elaboración de unos pliegos nuevos en los que, para favorecer la participación, se establecieron unas condiciones económicas más favorables para el contratista.

De la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se desprende que el contrato objeto de licitación no conlleva gastos para la Administración contratante, sino el abono por el contratista que resulte adjudicatario de un canon fijo de

45.000 euros anuales y de un canon variable mínimo sobre la facturación de la totalidad de los servicios, antes de la aplicación del IVA correspondiente.

En el informe justificativo de la contratación que obra en el expediente (documento nº 1) se indica que *“Se ha considerado oportuno mantener una cláusula de subrogación de la plantilla del actual adjudicatario (cláusula 16.6). La relación anexa a los pliegos incluye únicamente a los trabajadores de la plantilla actual que no se han incorporado desde la anterior contratación, excluyendo, por tanto, las nuevas contrataciones, así como las contrataciones de relevo convertidas en indefinidas, por no existir autorización explícita de dichas altas laborales, previa y por escrito, de la Dirección del Palacio de Congresos de Madrid, tal y como dispone la cláusula 17.7 párrafo 1º del Pliego que ha regido la concesión durante el período 2008-2011”*.

Segundo. Con fecha de 11 de diciembre de 2012, D. R.A.C., en calidad de Secretario de Acción Sindical y Empleo del Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO de la Comunidad de Madrid, interpuso ante este Tribunal recurso especial contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del referido contrato, alegando que su Anexo no recoge la plantilla actual completa del servicio de restauración objeto de licitación, que asciende a 37 trabajadores, y no a 26, como figura en dicho Anexo.

En la misma fecha, D. R.A.C. presentó escrito en el Registro del órgano de contratación solicitando la adopción de medidas provisionales por el Tribunal hasta la resolución del recurso especial interpuesto.

Tercero. El día 19 de diciembre de 2012 la Secretaría del Tribunal requirió al Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO de la Comunidad de Madrid para que, en trámite de subsanación, acreditase el poder en cuya virtud actúa en su nombre D. R.A.C., requerimiento que fue cumplimentado en esa misma fecha.

Cuarto. El órgano de contratación de TURESPAÑA remitió a este Tribunal, el 18 de diciembre de 2012, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. En dicho informe, además de solicitarse la inadmisión del recurso por varios motivos, se pedía, subsidiariamente, su desestimación, por haber sido elaborada la relación de trabajadores en cuyos contratos ha de subrogarse el nuevo adjudicatario de conformidad con los informes emitidos al efecto por el Servicio Jurídico de TURESPAÑA, que señalan que los

Pliegos aplicables supeditaban cualquier nueva contratación laboral por el contratista a la autorización explícita, previa y por escrito, del órgano de contratación, autorización que no se ha producido en ningún caso, por lo que la subrogación debe limitarse a los trabajadores que figuraban en la plantilla desde la anterior contratación de 2007.

Quinto. Con fecha de 21 de diciembre de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 del TRLCSP, se acordó denegar la medida provisional de suspensión del procedimiento solicitada por el recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Debe entenderse que el recurso que se examina ha sido interpuesto dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP que, tratándose de recursos contra los pliegos, establece que *“el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en el 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”*, siendo reiterado el criterio de este Tribunal con arreglo al cual, cuando el acceso a los pliegos ha sido facilitado por medios electrónicos, como es el caso, se ha de considerar como fecha a partir de la cual comienza a computarse el plazo para recurrirlos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los mismos. De acuerdo con lo indicado, ha de concluirse que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo, pues fue presentado ante el órgano de contratación el 11 de diciembre de 2012, antes, incluso, de la finalización del plazo para presentar ofertas, que concluía el 20 de diciembre de 2012.

No consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP, pero es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 80/2012, de 30 de marzo) la que sostiene que *“el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso. Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como es el caso, del expediente en cuestión, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento”*.

Segundo. Es objeto de recurso el Pliego de Prescripciones Técnicas por el que se rige la contratación de un servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid. Siendo los pliegos actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP, procede examinar si, por su naturaleza, el contrato que se examina es también susceptible de dicho recurso.

El artículo 40.1 del TRLCSP dispone, en este sentido, que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos que enumera su apartado 2, cuando se refieran a contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro, servicios, colaboración entre el Sector Público y el Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada, los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros, los de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, y los contratos subvencionados a los que se refiere el artículo 17 de la Ley.

El contrato al que se refiere el pliego impugnado es un contrato de servicios calificado por el órgano de contratación (cláusula 1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) como “*contrato administrativo especial*”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19.1.b) del TRLCSP, calificación que comparte este Tribunal.

Como se ha indicado en anteriores ocasiones (Resolución 192/2011, de 20 de julio), los servicios de restauración son contratos administrativos especiales: *“En tanto en cuanto la relación contractual a entablar tiene por objeto una actividad o servicio de interés público vinculada o conectada de modo inmediato a una finalidad pública, la propia que sirve al Palacio de Congresos de Madrid (...), hay que concluir que constituye un contrato de naturaleza jurídica administrativa de los contemplados en el artículo 19.1.b) de la Ley 30/2007 (contratos de objeto distinto a los expresados en el artículo 19.1.a) pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley)”*. Y, como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes (de fechas 7 de marzo de 1996

-expediente 5/96-, 6 de julio de 2000 –expediente 67/99-, 11 de abril de 2000 –expediente 3/00- 29 de julio de 2005- expediente 24/05, ó 28 de julio de 2007 –expediente 28/07-), *“los servicios de cafetería y comedor podrán articularse a través de verdaderos contratos que, independientemente de su naturaleza jurídica, habrán de regirse por las normas relativas a los restantes contratos administrativos en cuanto a su preparación y adjudicación”*, concluyendo la Junta en el citado informe de 6 de julio de 2000 que *“puede afirmarse que las nuevas expresiones utilizadas por el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar los contratos administrativos especiales, por su amplitud, de conformidad con las tendencias doctrinales y jurisprudenciales más significativas, no permiten por la sola circunstancia de su redacción excluir del contrato administrativo especial a los que tengan por objeto los servicios y actividades a que se refiere el escrito de consulta, en particular, los servicios de cafetería y comedor.”*

En la citada Resolución de 20 de julio de 2011 este Tribunal descartó la asimilación de los contratos de restauración a los contratos de gestión de servicios públicos regulados en los artículos 8 y concordantes del TRLCSP, y ello por cuanto que estos últimos *“presuponen una actividad servicial publicada y, en cuanto a tal, atribuida a la competencia de la Administración”*, sin que los servicios de restauración (en particular, los de cafetería y comedor) puedan considerarse un servicio público de competencia de la Administración contratante.

Y, en la Resolución 203/2011, de 7 de septiembre de 2011, este Tribunal señaló que *“debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en la que intervenga una Administración pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público”*. Dado que el contrato de restauración que se examina no constituye una relación jurídica de carácter oneroso para la Administración (al no implicar pago o contraprestación económica alguna con cargo a sus presupuestos sino, contrariamente, el pago de un canon a favor de la propia Administración por el contratista), tampoco puede considerarse que estemos ante un contrato administrativo de servicios.

Siendo el contrato que se examina un contrato administrativo, pero con objeto distinto de los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP, se ha de concluir que el mismo no es

susceptible de recurso especial en materia de contratación, por lo que este Tribunal no es competente para su resolución.

Cabe añadir, a efectos meramente dialécticos, que aun considerando (como se ha descartado), que pudiéramos estar en presencia de un contrato de servicios o de gestión de servicios públicos, el mismo seguiría sin ser susceptible de recurso especial, por no concurrir los requisitos exigidos al efecto en el artículo 40.1.b) para el contrato de servicios (pues la ausencia de retribución a favor del adjudicatario impide considerar la existencia de un valor estimado igual o superior a 200.000 euros), y en el artículo 40.1.c) para el contrato de gestión de servicios públicos (duración superior a cinco años, frente al plazo de vigencia contractual de cuatro años que establecen las cláusulas 1.1, 4 y 14 del PCAP del contrato objeto de recurso).

Tercero. Aunque las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico precedente justifican, por sí solas, la inadmisión del recurso, cabe añadir que se aprecia otra circunstancia que conduciría a idéntica consecuencia, cual es la falta de legitimación activa del Sindicato recurrente.

Se solicita en el recurso la anulación del procedimiento de licitación por no incluir el Anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas los 37 trabajadores que, según sostiene el Sindicato recurrente, conforman la plantilla de la actual empresa adjudicataria, y ello con el fin de evitar *“un grave perjuicio en las contrataciones de los trabajadores, todo ello conforme al principio de subrogación establecido en el Convenio Colectivo de Hostelería de la Comunidad de Madrid”*.

Este Tribunal ha señalado (por todas, Resolución 89/2010, de 23 de marzo de 2011) que la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP (y que se identifica con la concurrencia en una persona física o jurídica de *“derechos o intereses legítimos que se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*) ha de relacionarse, en el caso de terceros interesados no licitadores, como es el caso, con la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de “interés legítimo” en el ámbito administrativo (artículo 31.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, por lo que se refiere en concreto a la legitimación de los sindicatos, artículo 19.1.b) de la LJCA).

Y, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional número 210/94, 257/88, 106/96, entre otras, se indicaba 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 el caso de 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.

En este sentido, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada en sentencias tales como la STS de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998 entre otras, si el derecho subjetivo es siempre reconocible, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención de beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética”.

Con base en dicha jurisprudencia, se concluyó en la citada Resolución de 23 de marzo de 2011 la ausencia de legitimación del Sindicato recurrente para impugnar los pliegos objeto de recurso. A la misma conclusión llegó este Tribunal en la Resolución 277/2011, de 16 de noviembre de 2011 que, en un supuesto muy similar al que ahora se examina (impugnación de Pliegos por un Sindicato que consideraba que los mismos no garantizaban adecuadamente los supuestos de subrogación empresarial impuestos por la normativa laboral), entendió que tal circunstancia *“no es suficiente para fundamentar la posible legitimación activa en el recurso, pues, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, el interés legítimo no puede ser equiparado al interés en la legalidad”*. La subrogación empresarial, sin perjuicio de que pueda ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. R.A.C., en representación de Acción Sindical y Empleo del Sindicato de Comercio, Hostelería y Turismo, de CCOO de la Comunidad de Madrid, contra el Anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por el INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA) para la contratación del “Servicio de Restauración del Palacio de Congresos de Madrid”, por falta de legitimación.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.