

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 1/2023

RESOLUCIÓN Nº.- 1/2023

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 18 de enero de 2023.

Visto el escrito presentado en nombre y representación de la mercantil NORTEMPO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.L., por el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de diciembre de 2022 adoptado en el procedimiento de licitación para la “**Contratación del servicio de Empresa de Trabajo Temporal, para Congresos y Turismo de Sevilla, S.A.**”, (Expte. 25/22), convocado por la Consejería Delegada de Congresos y Turismo de Sevilla S.A., en adelante CONTURSA, este Tribunal, adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero de 2023, se recibe en este Tribunal, correo remitido por Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, mediante el que se pone en nuestro conocimiento que “*Habiéndose dictado por este Tribunal Resolución de fecha 5 de enero de 2023, por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NORTEMPO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de diciembre de 2022 adoptado en el procedimiento de licitación para la “Contratación del servicio de Empresa de Trabajo Temporal, para Congresos y Turismo de Sevilla, S.A.” (Expte. 25/22), convocado por la Consejería Delegada de Congresos y Turismo de Sevilla S.A., entidad pública dependiente del Ayuntamiento de Sevilla, por la presente se notifica la citada resolución y se remite el recurso interpuesto junto con la documentación que acompaña al mismo, a los efectos oportunos*”

La documentación recepcionada, se traslada por este Tribunal a CONTURSA, unidad tramitadora del expediente, solicitando a ésta la remisión del informe y la documentación a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP.

Con fecha 16 de enero se recibe en el Tribunal el informe de alegaciones de CONTURSA, en el que se defiende la improcedencia del recurso, manifestando, además que:

Con fecha 12 de diciembre de 2022, se realizó la apertura pública de los sobres 2 criterios de adjudicación valorados a través de fórmulas, notificándose a las empresas en la misma fecha el resultado de la misma. El mismo día se realizó por parte del Comité de Dirección el informe de valoración de las ofertas donde se detectaba que había ofertas en presunción de temeridad, requiriéndoseles a las empresas incursas en dicha situación el 13 de diciembre de 2022, para que justificasen sus ofertas en el plazo de 3 días hábiles. Finalizado dicho plazo presentaron justificación las empresas requeridas, emitiendo el Comité de Dirección el correspondiente Acta con fecha 19 diciembre de 2022, elevándose la misma junto con la documentación preceptiva al órgano de contratación.

Con fecha 20 de diciembre de 2022, el órgano de contratación resuelve la clasificación de ofertas y procede a la exclusión de la empresa NORTEMPO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.L., al no haber justificado debidamente la oferta presentada incursa en valores desproporcionados.

Con fecha 28 de diciembre de 2022 se resuelve la adjudicación, notificándose a todos los licitadores el 29 de diciembre de 2022.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos adoptados por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 25 de Mayo de 2012, acordando la creación el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018, corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, en el ámbito del Ayuntamiento de Sevilla y de las entidades instrumentales del mismo que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en los artículos 44 y siguientes de la Ley 30/2017 de Contratos del Sector Público.

b) Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación regulados en el artículo 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 109 de dicha Ley.

c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas provisionales y cautelares que se hayan solicitado por las personas legitimadas con anterioridad a la interposición de los recursos, reclamaciones a los que se refieren los apartados a y b.

e) Tramitar e informar los recursos previstos en los artículos 44.6 y 321 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (los denominados como recursos de *Alzada impropia*)

d) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

La competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación es, en efecto, de este Tribunal, si bien se circunscribe, como señalan expresamente sus normas de funcionamiento, al ámbito de los poderes adjudicadores, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, lo que determina que con carácter previo deba analizarse la cuestión de la admisibilidad del recurso.

Conforme al art. 44.1 de la LCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:”

Al respecto de dicha cuestión se han pronunciado los Órganos análogos a este Tribunal (TACRC Resoluciones 479/2019, 1014/2019 o 1316/2019, Madrid 224/2018), inadmitiendo el Recurso Especial, por improcedente, cuando el mismo se interpone contra un acto no susceptible de ello por proceder de una entidad que no tiene la condición de poder adjudicador, entendiéndose que las licitaciones contractuales de tales entidades caen fuera del ámbito objeto del recurso especial.

El presente recurso se interpone frente a una contratación promovida por Congresos y Turismo de Sevilla, S.A. (CONTURSA), entidad que como expresamente señalan las instrucciones reguladoras de sus procedimientos de contratación “es una sociedad mercantil municipal participada al 100% en su capital social por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, cuyo objeto social principal lo constituye su actividad como entidad encargada de organizar directa o indirectamente congresos, exposiciones, ferias, conciertos, representaciones teatrales y cuantas actividades puedan albergar las instalaciones del Palacio de Exposiciones y Congresos de Sevilla, promocionando dichos eventos en todo tipo de áreas de actividades económicas, culturales y de cualquier índole que puedan servir para la promoción y desarrollo de sus propios fines. Por tanto, la mercantilidad no solo viene por su condición de sociedad de capital, sino también porque su actividad consiste básicamente en una prestación de servicios en régimen de libre mercado con otras empresas y operadores, siendo precisamente ese el motivo por el que, esta empresa, pasa a tener la catalogación de ente del sector público sin poder adjudicador, siéndole de aplicación la citada Ley en su grado mínimo, debiendo respetarse en todo caso los artículos 145, 321, 322 y los preceptos que le resulten de aplicación como ente del sector público sin poder adjudicador.”

En materia de contratación del Sector Público, dado el carácter mercantil del objeto y actividad de la sociedad, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 3.3, apartado d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la sociedad CONTURSA se integra en el sector público local y no tiene la condición de poder adjudicador, por lo que este Tribunal carece de competencia para conocer de las pretensiones deducidas frente a los actos dictados por tal entidad, procediendo, en consecuencia, la inadmisión del recurso planteado, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.a) LCSP.

Las licitaciones contractuales de CONTURSA, pues, no son susceptibles de recurso especial toda vez que dicho medio de impugnación se restringe por el artículo 44.1 LCSP a determinados contratos licitados por entidades que tengan consideración de poder adjudicador, debiendo, en su caso, ser impugnadas a través de recurso ordinario, en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 321.5 LCSP se refiere a los recursos procedentes frente a los actos de preparación y adjudicación de contratos llevados a cabo por entidades del sector público que no ostentan la condición de poder adjudicador en los siguientes términos:

“Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnaran en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.”

En esta línea, se pronuncia el art. 11 de las Instrucciones Regulatoras de los Procedimientos de Contratación de CONTURSA. Por su parte, el PCAP, establece el régimen jurídico del contrato y los recursos admisibles, disponiendo que:

I. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

1.- Régimen jurídico del contrato

Los contratos celebrados por CONTURSA tendrán siempre la consideración de contratos privados, rigiéndose por las instrucciones internas de contratación, el presente pliego, los artículos 321 y 322 de la Ley 9/2017 y, en lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción, se regularán por las normas del derecho privado que les sea de aplicación.

El presente Pliego de Cláusulas Particulares y, de existir, el Pliego de Prescripciones Técnicas, y los anexos a los mismos revestirán carácter contractual. Los contratos se ajustarán al contenido del presente Pliego de Cláusulas Particulares, cuyas cláusulas se considerarán parte integrante de los respectivos contratos

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tiene como principales destinatarias a las entidades que forman parte del sector público. El régimen jurídico aplicable será distinto en razón de la concreta naturaleza de la entidad adjudicadora: Administración Pública, poder adjudicador no Administración Pública y ente del sector público que no es poder adjudicador.

Los criterios de clasificación de los entes del sector público en estas categorías son prácticamente idénticos a los vigentes en la legislación anterior. Sin embargo, la ordenación del régimen jurídico ha cambiado.

Los Libros centrales de la nueva Ley no se estructuran en torno a las fases de la vida del contrato, como hacía el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), la LCSP dedica estos Libros a la normativa aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas (Libro II), y a los contratos de otros entes del sector público (Libro III), respectivamente. Dentro de este último Libro se distingue entre el Título I, dedicado a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, (Art. 316 a 320) y el Título II, que recoge las disposiciones aplicables a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (Art. 321 y 322).

Ciertamente, el legislador acerca en algunos puntos el régimen jurídico aplicable a todas las entidades del sector público y, en especial, las reglas aplicables a los poderes adjudicadores,

sean o no Administración Pública. Además, elimina las instrucciones internas de contratación para los poderes adjudicadores no Administración Pública y limita considerablemente su eficacia en las entidades del sector público que no son poder adjudicador.

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP coincide esencialmente con el diseñado en la legislación anterior, manteniéndose el sistema de tres niveles distintos de aplicación de la Ley en función de la clase de ente adjudicador, así:

.- Los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública y que estén sujetos a regulación armonizada se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas previstas para los contratos administrativos típicos.

.- Los contratos celebrados por dichos poderes adjudicadores no sujetos a regulación armonizada se rigen por las normas previstas en el artículo 318 LCSP.

.- La adjudicación de contratos por parte de entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores debe ir precedida de la aprobación de unas instrucciones que regulen los procedimientos de contratación. No obstante, quedarán eximidos de aplicar lo previsto en dichas instrucciones en los supuestos enumerados en el artículo 321.2 LCSP.

La Ley distingue, así, tres grupos de sujetos:

1) Las Administraciones Públicas en sentido estricto (artículo 3.2 de la Ley 9/2017)

2) Los Poderes Adjudicadores, entre los que se incluyen los que la Directiva 2004/18 llama Organismos de Derecho Público (artículo 3.3 del LCSP)

3) Otros sujetos del Sector Público (artículo 3.1 de la LCSP)

La importancia de esa distinción en tres grupos de sujetos radica en el grado de aplicación de la LCSP; que ha supuesto un cambio la nueva regulación sobre todo en lo que respecta a los Poderes Adjudicadores. Simplificando algunos matices, cabría decir que la ley es de aplicación "íntegra" a las Administraciones Públicas, "media" a los Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, y "mínima" a los demás sujetos que forman parte del sector público, y no son ni Administración Pública ni Poder Adjudicador.

Centrándonos en los Contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, como es CONTURSA, la LCSP recoge el testigo de la regulación anterior, indicando que para la adjudicación de los mismos será necesario que los órganos competentes de dichas entidades aprueben unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la **efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta**. Dichas instrucciones habrán de ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación y publicarse en el perfil del contratante de la entidad.

No obstante, y como novedad con respecto a la normativa anterior, la LCSP prevé la posibilidad de adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con arreglo a las siguientes reglas:

a) Los contratos de **valor estimado inferior a 40.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y

suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos o acuerdos de **valor estimado igual o superior** a los indicados en la letra anterior o los que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las siguientes reglas, respetándose en todo caso los **principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia**:

1.º El anuncio de licitación se publicará en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros medios adicionales de publicidad. Toda la documentación necesaria para la presentación de las ofertas deberá estar disponible por medios electrónicos desde la publicación del anuncio de licitación.

2.º El plazo de presentación de ofertas se fijará por la entidad contratante teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la preparación de aquellas, sin que en ningún caso dicho plazo pueda ser inferior a diez días a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

3.º La adjudicación del contrato deberá recaer en la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145. Excepcionalmente la adjudicación podrá efectuarse atendiendo a otros criterios objetivos que deberán determinarse en la documentación contractual.

4.º La selección del contratista, que deberá motivarse en todo caso, se publicará en el perfil de contratante de la entidad.

Para las operaciones propias de su tráfico, las entidades a que se refiere este artículo podrán establecer **sistemas para la racionalización de la contratación**, tales como acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición o la homologación de proveedores. El procedimiento para ser incluido en dichos sistemas deberá ser transparente y no discriminatorio debiendo publicarse el mismo en el perfil de contratante.

Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, **se impugnarán en vía administrativa** de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

Los **efectos, modificación y extinción** de este tipo de contratos se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

Como conclusión de lo expuesto, puede afirmarse, pues, que la contratación de los entes del sector público sin poder adjudicador ha de garantizar la efectividad de los principios esenciales de la contratación establecidos en el art. 1 de la LCSP: publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como adjudicación a la mejor oferta, conforme al art. 145 de la ley, ajustándose a lo dispuesto en sus Instrucciones, sin perjuicio de la posibilidad de no aplicar éstas en los supuestos y conforme a las reglas previstas en el art 321.2.

La normativa actual, determina, pues, la necesidad de garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, aun cuando se trate de entes carentes de poder adjudicador, y posibilita expresamente la impugnación en vía administrativa, de los contratos celebrados por entes del sector público, aun cuando éstos no tengan el carácter de poderes adjudicadores, así, la impugnación de los actos de preparación y adjudicación de los citados entes debe realizarse mediante los recursos administrativos previstos en la legislación administrativa general y ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, consumándose así, la aplicación de la teoría de los actos separables.

En consecuencia, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.a) LCSP, resulta procedente la inadmisión del recurso especial planteado, al interponerse éste contra un acto no susceptible de impugnación en esta vía.

Asímismo, ha de tenerse en cuenta que el acto impugnado en el recurso es una propuesta, habiéndose producido con posterioridad, el acuerdo de exclusión.

SEGUNDO.- No obstante, en cualquier caso, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, teniendo en cuenta que el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, procede la remisión del recurso al mismo, a los efectos procedentes.

A la vista de lo expuesto y conforme a los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. - Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil NORTEMPO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 19 de diciembre de 2022 adoptado en el procedimiento de licitación para la "Contratación del servicio de Empresa de Trabajo Temporal, para Congresos y Turismo de Sevilla, S.A.", (Expte. 25/22), convocado por la Consejería Delegada de Congresos y Turismo de Sevilla S.A., por no ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el art. 44 de la LCSP, procediendo a la remisión del mismo al órgano de contratación, a fin de su tramitación oportuna.

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 58.2 LCSP.

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

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES