

Barcelona, 19 de desembre de 2019

**Resolució:** 385/2019 (recurs N-2019-221)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor F.N.X., en nom i representació de l'entitat ORGANITZACIÓ EMPRESARIAL CATALANA DE LA FORMACIÓ, contra els plecs de la contractació de la licitació dels serveis de coordinació, tutoria i docència del programa per a la formació i la inserció dels joves sense ESO, en la modalitat de pla de transició al treball (PFI-PTT) per als cursos 2019-2020 i 2020-2021, licitat per l'AJUNTAMENT DE SANT JOAN DESPÍ (expedient CO2019017EDU), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** En data 15 de maig de 2019, l'AJUNTAMENT DE SANT JOAN DESPÍ (en endavant, l'Ajuntament) va publicar l'anunci de la licitació de referència en el perfil de contractant, inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual va posar a disposició dels interessats des de la mateixa data els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altra documentació contractual.

El valor estimat del contracte es va fixar en 247.580,00 euros.

**SEGON.** En data 5 de juny de 2019, l'entitat ORGANITZACIÓ EMPRESARIAL CATALANA DE LA FORMACIÓ (en endavant, tal com es denomina en el propi recurs, CAT FORMACIÓ) va presentar davant el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra els plecs reguladors de la licitació.

En síntesi, el recurs es fonamenta en la vulneració dels principis d'igualtat, transparència i lliure competència, atès que els plecs impugnats limiten la participació a les persones físiques, excloent-hi les persones jurídiques, i emparen la contractació de falsos autònoms.

Per tot això, sol·licita, prèvia la suspensió del procediment, l'anul·lació dels plecs que regeixen la licitació.

**TERCER.** En data 6 de juny de 2019, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'òrgan de contractació i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb l'article 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), l'article 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 11 de juny de 2019 va tenir entrada al Tribunal l'expedient de contractació, així com l'informe de l'òrgan de contractació oposant-se al recurs.

**QUART.** A requeriment de la Secretaria Tècnica del Tribunal i en el termini concedit a l'efecte, en data 12 de juny de 2019 CAT FORMACIÓ va esmenar el recurs per acreditar la seva representació, capacitat processal i legitimació, aportant el poder de representació de l'entitat, l'acord del seu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs i els seus estatuts.

**CINQUÈ.** Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, cap va fer ús del tràmit.

**SISÈ.** El procediment de contractació resta suspès per aquest Tribunal en virtut de la Resolució S-52/2019, de 23 de juliol.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

**PRIMER.** Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació de conformitat amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament.

**SEGON.** El contracte de serveis de referència, inclòs en el PCAP entre els serveis educatius i de formació de l'annex IV de la LCSP, atès el seu valor estimat, és susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

**TERCER.** El recurs s'ha presentat contra els plecs que estableixen les condicions de la licitació, que són un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.2 a) de la LCSP

**QUART.** El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils previst a l'article 50.1 de la LCSP.

També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

**CINQUÈ.** Tal com s'ha reflectit en els antecedents de fet, CAT FORMACIÓ va esmenar el recurs aportant la documentació necessària per apreciar la seva representació, capacitat processal i legitimació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (per totes, resolucions 359/2019, 318/2019, 280/2019, 93/2019, 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017, 142/2017, 124/2017, 194/2016, 61/2016 i 80/2015, en consonància amb el criteri de la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008).

A la vista d'aquesta documentació i el contingut del recurs, el Tribunal aprecia que CAT FORMACIÓ té drets i interessos que es poden veure afectats per les condicions de la licitació que impugna, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs i, per tant, legitimitació per interposar-lo, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, d'acord amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

**SISÈ.** Entrant a analitzar el fons del recurs, la recurrent al·lega la vulneració del principi de competència i d'igualtat d'oportunitats i el foment de la contractació de personal autònom en frau de llei, pel fet de considerar que les tasques de tutor i professor demanades en aquesta licitació poden ser perfectament desenvolupades per una única persona física i els plecs de la licitació limiten la participació a les persones físiques que tinguin la consideració de treballadors autònoms, excloent les persones jurídiques que puguin estar interessades, contràriament als principis d'igualtat, transparència i lliure competència recollits a l'article 132 de la LCSP.

Al respecte, l'òrgan de contractació ha informat que el recurs incorre en error d'apreciació, en tant que el propi PCAP, en la clàusula 18 relativa a l'aptitud per contractar, estableix la possibilitat que es puguin presentar a la licitació tant les persones físiques com les jurídiques, sense limitar en cap cas la participació exclusivament a les primeres.

Tant és així que, en aquest sentit, l'Ajuntament ha posat de manifest que a la licitació han concorregut i han estat admeses les proposicions presentades per dues empreses mercantils.

Així mateix, l'Ajuntament informa que el recurs incorre novament en error quan manifesta que el servei es pot realitzar per una única persona física, atès que, ni aquesta és la configuració del servei dissenyada en els plecs conformement amb les necessitats que presenta la contractació, i la mateixa clàusula 42 del PCAP informa sobre l'actual empresa que ve prestant el servei objecte de la licitació i fa constar que actualment el servei compta amb set treballadors susceptibles de subrogació (un coordinador/tutor i sis docents).

Per últim, l'òrgan de contractació també combat el recurs quan aquest atribueix a la licitació el foment de la contractació de personal autònom en frau de llei, indicant que la relació de

prestació de serveis subjecta a la legislació de contractes del sector públic que constitueix aquesta licitació es diferencia d'una contractació que pugui tenir per finalitat la provisió de personal a través de la figura d'un "fals autònom" pel fet que, bàsicament: (i) no s'estableixen en els plecs relacions de dependència disciplinària ni organitzacions del personal que s'adscriuï a l'execució del contracte, de manera que no es fa intromissió en la potestat d'autoorganització de l'empresa contractista, ja que en els plecs només s'estableix l'organització relativa al desenvolupament del projecte; (ii) la prestació s'executa de manera diferenciada i l'activitat es desenvolupa amb criteris organitzatius propis de l'empresa contractista, sense perjudici de les indicacions que pugui rebre per part de l'Ajuntament per controlar la seva correcta execució; (iii) els requeriments establerts en els plecs resulten adients, proporcionals i vinculats amb l'objecte del contracte i les tasques associades; (iv) els professionals no s'integren en l'entitat municipal contractant del servei, essent l'empresa contractista qui exerceix totes les funcions pròpies de l'ocupador (permisos, vacances, llicències, direcció del treball, abonament del salari i cotitzacions, etc.), i (v) es delimita i exigeix en els plecs les responsabilitats que resulten procedents en cas d'incompliment de la normativa vigent.

Vistes les posicions de les parts, per resoldre aquesta qüestió cal partir de la premissa segons la qual, d'acord amb l'article 28 de la LCSP, els òrgans de contractació no poden subscriure altres contractes que els que siguin estrictament necessaris per al compliment i la realització dels seus fins i els correspon definir les necessitats a satisfer i determinar les característiques dels productes a subministrar, dels serveis a prestar o de les obres a realitzar.

Certament, aquesta discrecionalitat no és absoluta, sinó que, tal com aquest Tribunal ha vingut indicant en la seva doctrina (per totes, les resolucions 189/2019, 88/2018, 184/2016 i 155/2016, entre d'altres), en aquest moment procedimental troba el seu límit en el fet que la definició de les condicions de la licitació permeti l'accés de les empreses en condicions d'igualtat, sense que puguin tenir per efecte la creació d'obstacles injustificats a l'obertura dels contractes públics a la competència. I aquest principi ha d'inspirar tot el procediment i ha d'estar present en totes les fases del cicle contractual, des de la mateixa preparació del contracte, passant per la seva adjudicació i execució, fins a la seva extinció.

En el cas examinat, la clàusula 18 del PCAP, relativa a l'aptitud per contractar, disposa el següent (el subratllat és nostre):

*“Podran presentar-se a la licitació les persones físiques o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que tinguin plena capacitat d’obrar, disposin de la solvència tècnica i econòmica requerida en aquest plec i no estiguin incurses en cap de les prohibicions per contractar amb l’Administració de les assenyalades a l’article 65 de la LCSP. (...)”*

De la disposició transcrita es desprèn de forma clara i inequívoca la possibilitat que participin en la licitació impugnada tant persones físiques com persones jurídiques, sense que en cap cas s’estigui limitant la participació únicament a les persones físiques, tal com s’afirma incorrectament en el recurs. En aquest sentit, doncs, no es veuen vulnerats els principis d’igualtat, transparència i lliure competència establerts en els articles 1 i 132 de la LCSP denunciats en els recurs, i aquests termes no s’han vist tampoc matisats ni contrariats per cap altra previsió del plec ni actuació posterior de l’òrgan de contractació.

Prova d’això és que, amb anterioritat a la suspensió del procediment acordada per aquest Tribunal, la mesa de contractació va admetre a la licitació les proposicions presentades per empreses mercantils, havent fins i tot formulat la proposta d’adjudicació a favor d’una d’elles.

Tampoc no queda acreditada en l’expedient l’al·legació del recurs relativa al fet que el servei licitat el pugui prestar una única persona física, atès que el propi PPT identifica i delimita de forma separada les prestacions objecte del contracte (d’una banda, “*la prestació del servei de COORDINACIÓ/TUTORIA per portar la responsabilitat del grup d’alumnes*” i, de l’altra, “*la prestació del servei de DOCÈNCIA amb experts professionals per a impartir la formació professionalitzadora dels mòduls de formació professional*”) i, d’acord amb la clàusula 42 del PCAP, s’anuncia l’eventual subrogació de fins a set treballadors que estarien prestant actualment aquest servei per compte de l’actual societat mercantil contractista.

Per tot això, cal concloure que el recurs no aconsegueix acreditar les infraccions al·legades en la configuració de les bases d’aquesta licitació, que decauen per la sola observació i contrast amb les previsions dels plecs reguladors de la licitació, la qual cosa ha de dur a la desestimació del recurs.

D’acord amb l’exposat i vistos els preceptes legals d’aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

## **ACORDA**

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor F.N.X., en nom i representació de l'entitat ORGANITZACIÓ EMPRESARIAL CATALANA DE LA FORMACIÓ, contra els plecs de la contractació de la licitació dels serveis de coordinació, tutoria i docència del programa per a la formació i la inserció dels joves sense ESO, en la modalitat de pla de transició al treball (PFI-PTT) per als cursos 2019-2020 i 2020-2021, licitat per l'AJUNTAMENT DE SANT JOAN DESPÍ (expedient CO2019017EDU).
- 2.- Aixecar la suspensió adoptada per aquest Tribunal en data 23 de juliol de 2019 a l'empara de l'article 57.3 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la presentació del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovada per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 19 de desembre de 2019.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez  
Secretària

Neus Colet i Aream  
Presidenta