

Barcelona, 28 de novembre de 2018

Resolució: 249/2018 (recurs N-2018-155)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.A.M.S., en nom i representació de l'empresa ACCENT SOCIAL, SL, contra la formalització per encàrrec a mitjà propi realitzada per l'Ajuntament de Girona respecte del servei d'atenció domiciliària en favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, SL, a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 6 de juny de 2018, es va publicar al perfil de contractant de l'Ajuntament de Girona, inserit a la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, l'anunci de la formalització de l'encàrrec a l'empresa SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, SL (en endavant, SUMAR) per a la prestació del servei d'atenció domiciliària –en endavant, SAD- (codi d'expedient 2018019233).

Efectivament, sota el codi d'expedient 2018019233, consta la publicació de la formalització de l'encàrrec per un import de 2.506.557,50 euros i s'hi adjunta la documentació relativa a l'encàrrec a mitjà propi.

SEGON. El 27 de juny de 2018, ACCENT SOCIAL, SL (en endavant, ACCENT o la recurrent) presenta davant del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra l'encàrrec a mitjà propi realitzat per l'Ajuntament de Girona a SUMAR.

La recurrent addueix, en primer terme, l'insuficient accés a la documentació de l'expedient – la qual cosa hauria vulnerat el seu dret de defensa- i sobre la base, en síntesi, de considerar

que SUMAR no compleix els requisits legalment establerts per ser considerada mitjà propi de l'Ajuntament de Girona i que l'opció de la gestió directa per mitjà propi no és la més eficient.

S'al·lega que l'encàrrec objecte del recurs es troba en les causes d'anul·labilitat de l'article 40.c) de la LCSP i per tant, és procedent l'anul·lació de la formalització de l'encàrrec per no complir els requisits de l'article 32 LCSP, relatius a la condició de mitjà propi.

Es demana, addicionalment, que d'acord amb l'article 52 LCSP en relació amb l'article 53.1.a) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), es concedeixi a ACCENT el degut accés amb totes les garanties a l'expedient per poder completar el recurs i, si s'escau, proposar prova. En aquest sentit específic, es reitera l'actuació de l'Ajuntament davant les sol·licituds efectuades, l'accés deficient que es va dur a terme i, en tot cas, la necessitat d'accedir a determinats documents que mancaven –l'informe econòmic i el jurídic- i, a més, s'al·leguen les previsions de l'article 36 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

TERCER. Rebut el recurs al Tribunal, la Secretaria Tècnica en data 28 de juny de 2018 el va notificar a l'òrgan de contractació i va sol·licitar la remissió de l'expedient i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 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 (des d'ara, 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 i d'organització del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (en endavant, RD 8114/2015).

En dates 2 i 3 d'agost de 2018, l'òrgan de contractació va trametre l'expedient de contractació i el corresponent informe sobre el recurs, pel qual s'oposa al recurs presentat per ACCENT i en demana la desestimació.

En l'arxiu corresponent al seu informe sobre el recurs, que consta del Decret d'Alcaldia que aprova els informes emesos en relació al recurs el 3 de juliol de 2018, pel Secretari General i pel cap de l'Àrea d'Igualtat i Drets Socials de l'Ajuntament, s'hi acompanyen un total de 16 documents annexos relatius als aspectes que es fan constar en aquells. D'acord amb el

contingut d'aquesta documentació, en síntesi, la corporació defensa l'encàrrec sobre la base d'entendre que es compleixen els requeriments de l'apartat 4 de l'article 32 de la LCSP i concorren els motius d'eficiència per a adoptar aquesta forma de gestió del SAD. Addicionalment, afirma i argumenta haver-se donat accés complet a l'expedient sense que s'hagi produït cap afectació del dret de defensa de la recurrent.

QUART. Dins del període d'al·legacions de cinc dies hàbils obert per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, SUMAR va presentar les seves al·legacions en termini i va fer constar, en resum, que sí que té condició de mitjà propi de l'Ajuntament de Girona amb compliment de les previsions de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE i 32 de la LCSP i demana la desestimació íntegra del recurs presentat per ACCENT i la confirmació de la legalitat de l'acord impugnat.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 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.

SEGON. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, 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, de conformitat amb l'article 51.1 de la LCSP.

TERCER. El recurs s'ha interposat contra l'encàrrec realitzat per l'Ajuntament de Girona a SUMAR en relació a la prestació del servei d'atenció domiciliària al municipi de Girona.

L'article 44.2.e) de la LCSP estableix que poden ser objecte de recurs:

“e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.”

I, prèviament, aquest mateix article, en el seu apartat 1.c) tercer incís, en relació amb els contractes als que han d'estar referits els actes objecte de recurs, estableix que:

“Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.” (el subratllat és nostre)

Pel que fa a l'import de l'encàrrec, a més de la indicació continguda en l'anunci publicat al perfil de contractant de l'Ajuntament de Girona (2.506.557,50 euros), la clàusula setena del plec de condicions que regula les condicions de l'encàrrec que formula l'Ajuntament de Girona a SUMAR regula les tarifes de prestació del servei i indica, entre d'altres extrems, el cost total del servei tenint en compte la previsió d'hores establerta en la condició primera del mateix plec per a cada exercici:

Exercici 2018 (15 de maig de 2018-31 de desembre 2018): 722.212,50 euros.

Exercici 2019: 1.281.590 euros.

Exercici 2010 (15 de maig de 2020): 502.755 euros.

Primera pròrroga

Exercici 2020 (16 de maig de 2020-31 de desembre de 2020): 837.925 euros

Exercici 2021: 519.780 euros

Segona pròrroga

Exercici 2021 (16 de maig-31 de desembre): 866.300 euros.

Exercici 2022 (1 de gener-15 de maig): 538.800 euros.

Això vol dir que, efectuat el còmput d'acord amb l'article 42.1.c), abans referit, l'import de l'encàrrec implica, si més no, 5.269.362,5 euros. En tot cas, s'aprecia que es tracta d'un acte susceptible de recurs per la seva quantia.

Així mateix, el recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1.f) de la LCSP i també s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 51.1 LCSP.

QUART. Cal recordar que la doctrina dels mitjans propis té com a objectiu delimitar les condicions en les quals els negocis jurídics entre poders adjudicadors poden tenir com a resultat la sostracció al mercat de quelcom que, en principi, resultaria susceptible de ser objecte de contractació pública mitjançant els procediments establerts per la seva normativa. No es tracta, doncs, de negocis jurídics diferents que se situen fora de l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes, com és el cas de les encomanes de gestió regulades per l'article 11 de la LRJSP o de la cooperació horitzontal a què fa referència l'apartat 4 de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE.

Efectivament, quan els poders adjudicadors duen a terme contractes entre sí a títol onerós, cal analitzar en cada cas si s'aplica la normativa de contractació pública. Com a norma general, aquesta normativa resulta d'aplicació quan hi ha un contracte onerós entre dos o més poders adjudicadors que té per objecte la realització d'obres, el subministrament de béns, la prestació de serveis o un contracte de concessió en el sentit de les directives. Ara bé, en aquests casos, quan concorren determinats requisits funcionals establerts per la jurisprudència comunitària i recollits per les directives de quarta generació, els contractes entre poders adjudicadors resulten exempts de l'aplicació de les normes sobre contractació pública.

En primer terme, s'excepciona la denominada "cooperació vertical" o "cooperació institucionalitzada", que respon justament a la doctrina dels contractes "*in house*" quan les relacions entre un poder adjudicador i una altra personificació jurídica compleixin determinats requisits funcionals. Aquests requisits fan referència, en síntesi, a la constatació de l'existència o no d'independència d'un ens envers l'altre: l'existència d'un control per part de qui fa l'encàrrec en relació a qui el rep -que resulti anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis-, que la persona jurídica que rep l'encàrrec realitzi la part essencial de la seva activitat amb el poder o poders adjudicadors que la controlen, i que en aquesta no hi concorri capital privat.

L'article 32 de la LCSP, amb causa de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE, ha establert:

"1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta

a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato.”

I, després de configurar les normes generals d'aquests negocis –apartat 2-, n'estableix les específiques –apartat 4- per al cas en el que una mateixa entitat té la consideració de mitjà propi respecte de dos o més poders adjudicadors, com és el cas objecte d'aquesta Resolució, en els termes següents:

“4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes

adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

El cumplimiento del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d)."

(el subratllat és nostre)

I, explícitament preveu que:

"5. El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución."

Adicionalment, cal tenir en compte que es va establir, en la disposició transitòria quarta de la LCSP, un règim ad hoc per a l'adequació dels estatus dels mitjans propis, que comptava amb un marge de fins el passat 9 de setembre de 2018, data ara ja superada¹.

Per acabar, l'apartat 6 del mateix article 32 de la LCSP, en relació amb la viabilitat del negoci jurídic com a encàrrec a mitjà propi, estableix:

"6. Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

¹ Efectivament la disposició transitòria quarta va preveure que "Hasta que transcurran seis meses de la entrada en vigor de la presente Ley y resulte exigible, por tanto, las obligaciones establecidas en el artículo 32.2.d) respecto al contenido de los estatutos de las entidades que ostenten la condición de medio propio personificado, estas seguirán actuando con sus estatutos vigentes siempre y cuando cumplan con lo establecido en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 32."

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) (...)”

Ultra això, cal atendre a les previsions de l'article 86 de la LRJSP, el qual, si bé només és d'aplicació a l'Administració General de l'Estat (AGE) en virtut del que disposa la pròpia LRJSP i no té caràcter bàsic, la disposició final quarta de la pròpia LCSP, estableix la seva aplicació supletòria en els termes següents:

“3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.” (el subratllat és nostre)

Efectivament, aquest precepte va establir uns requisits addicionals per a les entitats del sector públic institucional que siguin mitjans propis. En concret, disposa:

1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.

CINQUÈ. Així les coses, procedeix analitzar les al·legacions de la recurrent, ACCENT, que postula la no adequació de l'encàrrec al marc normatiu que li resulta d'aplicació, d'acord amb les al·legacions següents:

1. La insuficiència de l'accés practicat a l'expedient que va concloure amb l'acord del canvi de model de gestió del SAD, perquè no van poder efectuar una còpia íntegra d'aquest.

S'exposa que es va demanar l'accés, primer, en data 17 de maig de 2018 i es va produir el 6 de juny de 2018. En data 7 de juny, a la vista de la publicació al perfil, es va presentar un nou escrit per a accés i còpia íntegra de l'expedient per poder comptar amb tots els elements per a la interposició del recurs especial. La notificació de l'autorització de vista no es notifica fins el 18 de juny de 2018, malgrat que es duu a terme el 15 de juny.

El 15 de juny de 2018 té accés a l'expedient de forma defectuosa per insuficiència de temps, manca de còpia de l'expedient i incompletesa del mateix ja que faltaven, si més no, dos dels documents de la memòria de 26 de febrer de 2018, els identificats com "informe econòmic" i "informe jurídic".

El 19 de juny de 2018 presenta un nou escrit de denúncia de totes aquestes circumstàncies sol·licitant de forma urgent còpia d'una sèrie d'extrems de l'expedient, inclosos els que faltaven, abans referenciats. L'Ajuntament de Girona no havia respost en la data d'interposició del recurs.

2. Com a qüestions de fons sobre l'encàrrec, es fa constar, en primer terme, una àmplia reflexió sobre la figura de l'encàrrec als denominats mitjans propis, la normativa d'aplicació –en particular, les previsions de l'article 86 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (en endavant, LRJSP) i de l'article 32 de la LCSP.

Seguidament, efectua una anàlisi per fonamentar l'incompliment de la normativa aplicable de l'encàrrec objecte del recurs especial. En resum, s'al·lega:

- Sobre l'empresa SUMAR, s'indica que en la seva denominació social, segons estatuts publicat al BOP de Girona de 4 d'octubre de 2017, no consta la indicació de medi propi o la seva abreviació. Així mateix, s'afirma que SUMAR no pot tenir la consideració de mitjà propi de l'Ajuntament de Girona i, per tant, no pot rebre l'encàrrec, tenint en compte les característiques del capital social de SUMAR, els ens que la componen i la participació

que ostenten, la composició de la junta general, del consell d'administració, el nombre de consellers, i l'adquisició acordada per Decret de l'Alcaldia de 8 de maig de 208 –cinc participacions socials per un import total de 2.606 euros que representa un 0,26% del total. En concret, s'indica:

- Inexistència de control efectiu i decisiu de l'Ajuntament de Girona sobre SUMAR de forma anàloga al que podria exercir sobre els seus propis serveis o unitats, tal i com exigeix l'article 32.2.a) de la LCSP. En particular, es nega cap poder decisoriu de l'Ajuntament de Girona sobre SUMAR i nega que la possibilitat de nomenar dos membres del consell d'administració per part dels socis minoritaris, com preveuen els estatuts, alteri aquesta apreciació. Així mateix es qüestiona que la presència d'1 conseller de l'Ajuntament de Girona tingui pes decisiu o determinant i que amb ell, a més, s'hauria superat el límit del nombre màxim de consellers fixat pels estatuts de SUMAR (12).
- Necessària justificació del requisit del 80% de les activitats de SUMAR previst en l'article 32.2.b) LCSP, amb la necessitat que això quedi reflectit en la memòria integrant dels comptes anuals i, en conseqüència, verificat per l'auditor de comptes, cosa que no ha quedat justificada per la manca d'accés a l'expedient complet.
- Inexistent acreditació d'una millor rendibilitat o eficiència del servei. Tampoc considera acreditats la resta dels requisits establerts per l'article 86.2 LRJSP –justificació de resultar una opció més eficient que la contractació pública, sostenible i eficaç, aplicant criteris de rendibilitat econòmica o que resulti necessari per raons de seguretat pública o urgència-. En aquest sentit, indica continguts del plec que regula l'encàrrec que evidencien la manca d'acreditació d'una major eficiència:
 - l'antecedent V, per la referència a la necessitat de superar una “visió economista”;
 - la condició tercera, ja que SUMAR disposarà de 5 dies laborables per a l'inici efectiu de la prestació i de 24 hores en cas d'urgència, mentre que ACCENT només disposava, en el seu moment de 24 hores o fins i tot havia de començar el mateix dia si així se li indicava;
 - la condició cinquena, en el punt 5.3 no estableix cap millora derivada de les condicions retributives del personal ja que s'aplica el conveni corresponent; en

el punt 5.7 es menciona un sistema de seguiment telemàtic i comunicació que ja es prestava per ACCENT i no implica cap millora;

- la condició sisena, relativa horari, que no preveu un servei de centraleta de 24 hores com ho feia ACCENT,
- la condició setena, relativa a preus tarifaris, permet concloure que aquests experimenten un increment econòmic d'un 20% per a un increment d'hores del 12%, és a dir, no impliquen major eficiència o rendibilitat, sinó al contrari; en relació amb el quilometratge dels treballadors, ja que permet facturar despeses de quilometratge, malgrat que en general es tracta de desplaçaments urbans, per motius justificats a raó de 0,75 euros/km, mentre que la recurrent considera que són despeses ordinàries i que a ACCENT no se li permetia facturar aquestes despeses ni repercutir-les a l'Ajuntament; i, per acabar, que no s'han tingut en compte el cost del quilometratge en la fixació del preu/hora, ni els dos dies de lliure disposició fixat pel IV Conveni Col·lectiu de Catalunya per al 2015 a 2018, reduint-se així artificiosament els costos. Així mateix, es considera que incorre en aquesta situació la compensació d'hores sindicals del Comitè d'Empresa, tampoc apreciat en la fixació del preu/hora. Addicionalment, el conveni preveu la possibilitat de revisar i incrementar el preu amb efectes retroactius.
- el punt 5 de l'annex I, relatiu a la Qualitat, fa referència a la certificació de qualitat de SUMAR, que és la mateixa que té ACCENT, no suposant cap millora. A més, s'obvien aspectes de la metodologia d'intervenció basada en el Model d'Atenció Integral Centrada en la Personal (AICP).

SISÈ. L'Ajuntament de Girona, mitjançant l'informe emès en relació amb el recurs, s'oposa al recurs sobre la base de les següents fonamentacions:

- La regulació explícita de l'apartat 4 de l'article 32 de la LCSP dels requisits de validesa per als encàrrecs formulats per diferents ens a un únic ens instrumental, obviat per la recurrent, i que fa possible el compliment del control anàleg requerit de forma conjunta. En particular, s'assenyala que:

- L'adquisició de cinc participacions de l'entitat SUMAR per part de l'Ajuntament ha suposat que el consistori tingui un membre en la Junta General i, addicionalment, compta amb una representant també al consell d'administració de SUMAR.
 - L'aprovació de l'encàrrec a SUMAR el 14 de maig de 2018, incorpora també l'aprovació del plec de condicions que regula l'encàrrec el qual inclou la regulació de les tarifes a abonar per la prestació en cada moment.
- El requisit de realització del 80% de l'activitat de SUMAR s'ha de referir als ens públics dels quals té la condició de mitjà propi, de forma conjunta. De conformitat amb l'article 32.2.b) de la LCSP, tenint en compte la constitució de l'empresa el 9 de desembre de 2008, com a adjunt a la memòria justificativa del canvi de forma de gestió, consta el certificat emès pel Secretari de l'entitat SUMAR pel qual es fa palès que, en relació amb els tres darrers anys, el 90% de l'activitat és essencialment pels ens públics. I situa en el 6,51%, com a mitjana, la part dels seus serveis destinada a altres operadors. Ara bé, l'apreciació del compliment efectiu d'aquests requisits no resulten reflectits en els comptes anuals de la societat dels tres darrers anys perquè es tracta dels comptes corresponents als exercicis anteriors a l'entrada en vigor de la LCSP.
- El capital social de SUMAR és íntegrament públic. Així ho acredita el certificat emès pel Secretari de l'entitat, on consta el percentatge de participació de cada integrant de l'entitat, als que cal afegir ara el percentatge de l'Ajuntament de Girona derivat de l'adquisició de les cinc participacions.
- Pel que fa al requisit de l'eficiència, i sobre la base de l'interès general, -principal objectiu de l'actuació administrativa, també en seu d'encàrrecs a mitjans propis, per sobre del principi de competència-, en termes de relació qualitat-preu, es considera més adient la prestació del servei amb un mitjà propi. La justificació d'aquests extrems va ser objecte de tramitació en l'expedient de canvi de forma de gestió del SAD, en el qual s'incorporen la memòria justificativa, l'estudi econòmic-financer i el reglament regulador del servei. I s'indica expressament que la recurrent ha tingut accés a aquest expedient complet.

En resum, es posa de manifest que la prestació per part de SUMAR respon a criteris d'eficiència, entesa en termes de relació qualitat-preu i així es demostra en la memòria corresponent, que inclou també la justificació de l'adequació del preu a mercat i un estudi comparatiu, així com la comprovació de la disponibilitat de mitjans per part de l'entitat instrumental.

En relació amb l'eficiència de l'opció de gestió, l'informe del Cap de Serveis Socials manté, sobre la base d'un criteri no únicament economicista, que, en tractar-se d'un servei d'assistència a les persones, cal tenir en compte qüestions com la qualitat, la continuïtat, l'accessibilitat, la disponibilitat i l'exhaustivitat dels serveis, les necessitats específiques dels usuaris, inclosos els grups desfavorits i vulnerables, la implicació i la responsabilització dels usuaris i la innovació, tot això d'acord amb la Directiva 2014/24/UE, que estableix un nou marc per a la provisió d'aquests servei, fins al punt que els estats poden dissenyar-ne un règim legal ad hoc de contractació.

En particular, es fa constar que les al·legacions de la recurrent sobre la pretesa millor garantia del model de gestió indirecta no es concreten, mentre que el plec actual conté diferents aspectes que milloren la prestació (substitució de personal per vacances o altres eventualitats, ampliació de l'horari d'atenció, reunions mensuals de seguiment, informes regulars de seguiment i control de qualitat, disponibilitat de per contractar perfils professionals ad hoc, i increment de la intervenció de la coordinació tècnica).

Ultra això, es rebaten els arguments de la recurrent en relació amb el temps de resposta de la que ACCENT disposava, tot incidint en el nou concepte del SAD, que pivota en viabilitat i en la qualitat de la rapidesa de la cobertura, salvaguardant la immediatesa en els casos d'urgència. En tot cas, en base a les dades del Cercle de comparació intermunicipal de serveis socials de la Diputació de Barcelona, el model SAD municipal actual estableix l'estàndard en 5 dies laborables per permetre la participació de l'usuari i la família, l'adequació de perfil del professional del SAD i la presentació al domicili o inici del servei.

En un altre ordre de consideracions, s'exposa que, un cop subrogat el personal, a més de poder millorar les condicions salarials, d'acord amb el que s'indica a la memòria, s'ofereix per SUMAR un Pla de formació al personal més enllà de les previsions del conveni col·lectiu d'aplicació a realitzar dintre de l'horari laboral. I s'afirma que les mesures de personal suposaran millores de les condicions retributives perquè s'hi incorporen les hores de coordinació i formació, entre d'altres i també perquè, per aplicació de les previsions de la Llei de pressupostos generals de l'Estat, s'haurà d'incrementar el sou als treballadors en un 1,5%.

En referència a l'ús de l'eina preexistent de seguiment telemàtic i comunicació permanent es durà a terme amb la millora de les deficiències detectades, en aspectes com facilitar el relleu immediat amb informació a l'usuari. En particular, s'assenyala que SUMAR dedica el 43% dels beneficis a la millora de les eines de comunicació i informació.

Com a millora important, s'assenyala també que l'horari d'atenció s'amplia a 7 dies de la setmana de 7 a 21 h. Fora d'aquesta franja també s'assumiran els serveis extraordinaris. Pel que fa als SAD 24 h, s'indica que no era realitzat per personal adscrit al SAD de Girona, i s'exposa el model que es vol implementar amb la finalitat que es dugui a terme per part de l'equip tècnic adscrit al servei.

Pel que fa a les tarifes, s'evidencia que el preu de mercat que pren com a referència la recurrent és de 2014, no de 2018, i s'exposa detalladament els preus comparats del SAD en altres municipis i consells comarcals de Catalunya en el període 2015-2017. Així mateix, es posa en relleu que la pròpia recurrent aplica un preu equivalent al de l'encàrrec objecte de recurs en un SAD d'un altra comarca per a l'any 2018.

En tot cas, el preu no pot ser el factor determinant de l'eficiència i la sostenibilitat, si bé ha de garantir que es cobreixen els costos que genera la prestació dels serveis. Per això, es justifica l'increment experimentat en un estudi del comportament dels elements que integren l'estructura de costos del SAD, com els costos/hora dels serveis des de 2014 a 2018 en factors com l'increment de l'IPC i l'increment salarial establert en el conveni col·lectiu d'aplicació (3% en totes les categories laborals implicades en el SAD).

Adicionalment, s'indica que la fiscalitat del nou model de prestació suposa un estalvi del 4% d'IVA.

Sobre la facturació del quilometratge, es recorda la necessitat de cobrir els costos en què s'incorre en la prestació del SAD. Per això ara s'acorda repercutir a l'Ajuntament el cost només quan es produeixi i abonar-lo als treballadors com feia ACCENT. No és un concepte computat en el preu.

En relació amb altres aspectes que, segons la recurrent, no s'haurien tingut en compte en la fixació del preu/hora, s'assenyala la prestadora anterior, ara recurrent, com a causa de la foscor a l'hora de valorar ara el cost real, així com altres eventuais incompliments en les condicions laborals. I s'exposa que SUMAR haurà de presentar informes trimestrals qualitius i quantitius sobre el servei prestat i sobre els costos imputables.

En relació amb la revisió de preus amb efectes retroactius, es torna a assenyalar, en primer terme, la manca de subministrament de la informació necessària, per part d'ACCENT, en relació amb els costos de temps de desplaçament, de descans dels professionals i amb els costos de substitució de dies de lliure disposició i de compensació d'hores sindicals. En segon terme, ha optat per treballar amb dades reals, fer una previsió de màxims i, arribat el cas, aplicar l'ajustament.

En darrer terme, pel que fa amb la certificació de qualitat, s'exposa, a més de la vàlua de SUMAR com a referent en el model d'atenció centrada en la persona (ACP) i de les seves qualitats innovadores i premis rebuts, que l'objectiu és que el model de SAD municipal també evolucioni cap el model d'Atenció Integral Centrada en la Persona (AICP) i, a aquests efectes, s'inclou una àmplia explicació de com s'ha dissenyat el servei en aquesta fase.

- SUMAR disposa de tots els mitjans idonis i suficients per a la prestació del servei. Així resulta de les previsions del plec de condicions de l'encàrrec en el qual es preveu la subrogació de SUMAR en el personal a l'emprar per al servei d'acord amb l'article 44 de l'Estatut dels Treballador. Aquest personal, conjuntament amb els treballadors ja integrats en dita empresa, configuren els mitjans personals per a la prestació del servei.

- Pel que fa a la sol·licitud d'accés a l'expedient efectuada per la recurrent, s'exposa, en primer terme que durant la tramitació de l'expedient del canvi de model de gestió, que va dur a l'adopció del corresponent Acord, es va prendre en consideració la memòria justificativa, que incloïa la memòria, l'estudi econòmic i el reglament. Aquest Acord va ser exposat al públic mitjançant anunci inserit al BOP de Girona núm. 57, de 21 de març de 2018, al DOGC núm. 7584, de 22 de març de 2018 i al taulell d'anuncis de la casa consistorial. No es van efectuar al·legacions i es va procedir a adoptar l'Acord per unanimitat del ple. L'Acord, ja aprovat, es va publicar al BOP de Girona núm. 99 de 23 de maig de 2018, conjuntament amb el reglament del servei, d'acord amb les previsions del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS). L'acord no ha estat objecte d'impugnació ni en via administrativa ni en via contenciosa administrativa.

En aquest sentit, es fa constar expressament que, amb caràcter previ a la tramitació de l'expedient anteriorment referenciat, l'Ajuntament va requerir a la recurrent que continués prestant el servei amb l'avertiment que estava en estudi la possibilitat de la gestió directa. A més, durant l'exposició pública de l'Acord de 12 de març es van formular diversos requeriments a la recurrent dels que es podia derivar la voluntat municipal del canvi de forma de gestió. Tampoc va comparèixer ni va formular cap al·legació. És, finalment, el 17 de maig de 2018, quan ACCENT demana l'accés a aquell expedient.

Cal diferenciar les peticions d'accés a l'expedient efectuades. Una, a l'empara del que disposa l'article 53.3 de la LPAC en la seva condició d'interessat ex article 4.1.c), i l'altra a l'empara de l'article 52 de la LCSP. En el primer cas, es va demanar còpia o vista de l'expedient. En virtut de la Resolució de l'Alcaldessa de 5 de juny de 2018 se li va posar a disposició la informació a partir del 7 de juny de 2018. No hi va accedir fins el dia 15 de juny de 2018.

En el segon cas, en data 7 de juny de 2018, se sol·licita lliurament de còpia o vista de l'expedient. En virtut de la Resolució de l'Alcaldessa de 14 de juny de 2018, se li posa a disposició de la recurrent en data 18 de juny de 2018 la documentació de l'expedient, si

bé la recurrent va accedir a la documentació, també en aquest cas, el dia 15 de juny de 2018.

En tot cas, no es va limitar mai el temps d'accés a l'expedient ni els dies d'accés a l'expedient. De fet, va determinar la recurrent el dia d'accés i en va utilitzar el temps que va considerar necessari, sense limitació. A aquests efectes, s'aporta l'informe de la funcionària de l'Assessoria Jurídica actuant.

En darrer terme, pel que fa a la pretesa manca de completesa de l'expedient –en el recurs no s'especifica de quin expedient- s'aporta l'informe emès per la Tècnica del Servei de Sistemes i Tecnologies de la Informació en data 2 de juliol de 2018, que manifesta:

Primer.- Que l'informe econòmic identificat com a document núm.13 en l'escrit del recurrent va ser incorporat a l'expedient núm.2018007697 el dia 27 de febrer de 2018 a les 13-59 hores i que aquests document no ha estat modificat amb posterioritat a aquesta data.

Segon.- Que l'informe jurídic identificat com a document núm.15 en l'escrit del recurrent va ser incorporat a l'expedient núm.2018007697 el dia 27 de febrer de 2018 a les 13-55 hores i que aquests document no ha estat modificat amb posterioritat a aquesta data.

Tercer.- Que tots els documents dels tràmits 1 fins el 32 han estat introduïts al sistema abans del dia 16 de juny de 2018 i no han estat modificats amb posterioritat.

En definitiva, pel que fa a la vindicació relativa a l'accés incomplet a la documentació de l'expedient, es conclou 1) que la recurrent va sol·licitar còpia o vista dels dos expedients, se li va autoritzar, no va establir-se límit de temps en l'accés, i els va analitzar la persona autoritzada per ACCENT, i 2) que la recurrent va accedir als expedients complets en els quals constaven els documents corresponents a l'informe econòmic i l'informe jurídic. En conseqüència, la recurrent ha pogut deduir fonamentadament el seu escrit de recurs especial en matèria de contractació, sense que en cap moment s'hagi alterat el seu dret de defensa.

En la mateixa línia, l'empresa SUMAR, en fase d'al·legacions, també amb oposició al recurs, al·lega:

- Compliment del requisit relatiu al control anàleg al que s'exerceix sobre els propis òrgans –amb cita de la jurisprudència més rellevant del TJUE- i en base a l'anàlisi de la participació de l'Ajuntament en el capital de SUMAR.
- Compliment del requisit del 80% de les activitats de SUMAR exercides per als poders adjudicadors que la controlen o entitats que s'hi vinculen. S'indica que el propi article 5.2 dels seus estatuts disposa que totes les activitats es desenvolupen d'acord amb les directrius, les estratègies i els objectius determinats pels ens socis de SUMAR, SL.

D'altra banda, el fet que la memòria integrant en els comptes anuals no reflecteixin aquest requisit no desvirtua la realitat, això és, que més del 90% de la seva activitat respon al compliment dels encàrrecs rebuts d'ens públics i que, en relació amb els darrers tres exercicis, la memòria de l'expedient indica, entre d'altres extrems, la xifra mitjana de facturació estimada per als exercicis 2015-2017, amb el desglossament corresponent en aquest sentit:

Que la xifra mitjana de facturació estimada pels exercicis 2015, 2016 i 2017, és de 8.885.618,62 i es desglossa segons detall:

- *30,88% pels serveis gestionats mitjançant conveni d'encàrrec de gestió amb el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya.*
 - *62,6% pels serveis gestionats mitjançant conveni d'encàrrec de gestió i com a mitjà propi de les Administracions Públiques sòcies de SUMAR.*
 - *6,51% pels serveis a altres ens.*
- El capital de SUMAR és 100% públic.
 - Queda acreditat en l'expedient que l'encàrrec a un mitjà propi com SUMAR suposa una millor rendibilitat o eficiència del servei. La recurrent es basa únicament en un criteri economicista però la sostenibilitat i l'eficiència responen, en l'àmbit de l'assistència a les persones, a altres paràmetres (qualitat, continuïtat, accessibilitat, disponibilitat, exhaustivitat...) i, en aquest sentit, cal tenir en compte el nou marc que la Directiva 2014/24/UE estableix per a la provisió de serveis públics en l'àmbit social i de salut. Addicionalment les afirmacions d'ACCENT no s'acompanyen de cap mitjà probatori.

S'afegeix un catàleg de reflexions sobre les qüestions plantejades per la recurrent i que ja han estat àmpliament contestades per l'òrgan de contractació, amb especial menció a suficiència i idoneïtat dels mitjans amb que compta SUMAR, la millora qualitativa de les condicions del personal pel Pla de formació que es preveu i per la implementació del Pla d'acompanyament i millora als professionals.

També es nega que resulti apropiada la comparativa de les condicions de prestació del servei que duia a terme ACCENT i el que ara s'encarrega, i posa èmfasi en què SUMAR reinverteix quasi la meitat del seus beneficis a la millora dels instruments de comunicació i informació per a la prestació dels serveis socials del seu socis. I refuta, també que no hi hagi millora en l'horari perquè s'avança a les 7 del matí.

Reitera, en la línia de l'Ajuntament, que els preus de referència d'ACCENT són de 2014, que el cost del quilometratge no s'inclou en el preu i que la revisió dels preus amb caràcter retroactiu és l'opció més eficient i transparent per poder actuar amb dades reals, que ara es desconeixen.

Per acabar, també reitera la condició de SUMAR com a organització referent en el model d'AICP que ara està dissenyant una nova acreditació de la qualitat.

SETÈ. Centrades les posicions de les parts, cal dirimir, en primer terme, la qüestió relativa a l'accés a l'expedient, concretament a l'eventual incompletesa de l'accés dut a terme en el seu moment i a la petició de la recurrent en aquest sentit al Tribunal.

Aquest Tribunal ha d'observar que, certament, tal i com indica el consistori, conflueixen en la revisió d'aquest acte dos expedients administratius: d'una banda, l'expedient tramitat als efectes d'acordar el model de gestió del SAD a partir de 2018 i, d'altra banda, l'expedient referit a la formalització de l'encàrrec a SUMAR com a mitjà propi de l'Ajuntament de Girona. Nogensmenys, és igualment cert que determinada informació dels documents que, d'entrada, conformen el primer dels expedients esmentats, és, alhora, causa o justificació en l'apreciació de determinats requeriments exigits per a la formalització de l'encàrrec.

Així mateix, cal recordar que el dret d'accés té, en l'àmbit de la contractació pública, el seu fonament en la necessitat de conèixer els elements de judici que han servit de base a l'acte impugnat i com a exigència pròpia del dret a la tutela judicial efectiva i, per això, se li atribueix caràcter instrumental. Això implica, si més no, que no es tracta d'un dret il·limitat o absolut, sinó que ha d'estar aixoplugat en l'objectiu últim de comprovar o verificar una determinada actuació del poder adjudicador de la qual s'estima que pot incórrer en error o contravençió de la legalitat, sense que això pugui respondre a un desig genèric de cerca de defectes o d'errors en l'oferta d'un altre licitador (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 167/2017, 67/2017, 50/2017, 40/2017 i 116/2016 d'aquest Tribunal, 710/2016 del TACRC i 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía -TARCJA-).

Sobre aquesta base, cal determinar si correspon arbitrar un nou accés a l'expedient, ara en fase de recurs, d'acord amb el que disposa l'article 52 de la LCSP, en el benentès que ha d'estar guiat pel principi d'evitar indefensió a l'empresa recurrent, és a dir, que la privació d'aquest dret per l'òrgan de contractació hagi provocat un recurs especial insuficient o sense fonamentació jurídica (en aquest sentit, les resolucions 12/2018 d'aquest Tribunal i 994/2017 i 436/2017 del TACRC).

De l'anàlisi de les al·legacions de les parts i de la documentació que conforma l'expedient, s'aprecia que es va autoritzar per decret d'alcaldia a la persona degudament designada per la recurrent a accedir als dos expedients referenciats -2018019233 i 2018007697- en dates 5 i 7 de juny de 2018. Aquestes autoritzacions van ser notificades a la recurrent.

El 15 de juny de 2018 i, d'acord amb la diligència emesa per l'assessora jurídica municipal respecte de l'acte pel qual es va dur a terme l'accés i vista a ambdós expedients, la persona compareixent en nom d'ACCENT va rebre instruccions de no fer fotografies amb el mòbil de la documentació i després d'aproximadament 1 h 15 minuts *“comunica (...) que en relació amb el segon expedient no el porta ell i no sap si des de l'organització necessitaran altres aclariments a les notes que ell ha pogut recollir durant la seva visita, a la qual cosa es respon que poden tornar a sol·licitar accés o trucar a Secretaria per tal de concertar una altra cita per a l'accés o el que sigui necessari.”*

D'altra banda, com es fa constar en l'informe del servei de sistemes i tecnologies de la informació, la documentació relativa als expedients no va ser modificada amb posterioritat a

la seva introducció al sistema i, per tant, no es pot apreciar la manca d'accés a cap documentació que formi part dels expedients referenciats.

Així mateix, consten també les actuacions relatives als tràmits d'informació pública del procediment d'Acord del ple de l'Ajuntament sobre el canvi de model de gestió del SAD (BOP, DOGC i tauler d'edictes electrònic de l'Ajuntament), d'acord amb el procediment previst en el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS), aprovat mitjançant el Decret 179/1995, de 13 de juny, sense que es presentés cap al·legació durant el termini establert (30 dies).

D'acord amb els antecedents, si bé s'observa una profusió d'autoritzacions d'accés comunicades en paral·lel a la recurrent -possiblement amb motiu d'articular-se la vista a dos expedient diferents en base a procediments diferents-, i no consta en l'expedient cap diligència sobre l'acte d'accés signada pel compareixent, no pot apreciar-se la manca d'accés al·legada per la recurrent, ni cap insuficiència en aquest accés que sigui imputable a l'Ajuntament.

En definitiva, la recurrent va tenir accés a l'expedient i, en tot cas, ha pogut articular i motivar abastament el recurs especial en matèria de contractació contra l'acte impugnat, sense que pugui apreciar-se cap minva del seu dret de defensa.

Per tot l'exposat, escau denegar l'accés sol·licitat i, en conseqüència, procedeix la desestimació d'una nova sol·licitud d'accés a l'expedient, ara en fase de recurs especial.

VUITÈ. Com a premissa per a l'anàlisi de les qüestions de fons plantejades per la recurrent, aquest Tribunal, també amb motiu dels recursos interposats contra encàrrecs a mitjans propis, ha de recordar que la seva funció és estrictament revisora dels actes impugnats i no qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes, adjudicadora del contracte ni gestora del servei, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació. La funció d'aquest Tribunal és simplement revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 160/2018, 102/2018, 82/2018, 21/2018, 15/2018, 14/2018, 170/2017, 147/2017, 54/2017, 14/2017,

6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016, 82/2016, 201/2015, 123/2015, 36/2015, 33/2015, 53/2014, 39/2014 i 7/2014; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 23 de novembre de 1978, Agence européenne d'intérim/Comissió, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal de Primera Instància de 24 de febrer de 2000, ADT Projekt/Comissió, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, Brink's Security Luxembourg S.A., apartat 193).

Així, d'existir els esmentats vicis o incompliments en els actes impugnats, d'acord amb l'article 57.2 de la LCSP aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents per dictar els actes corresponents en el decurs del procediment de contractació i gestionar els serveis de què són titulars. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques. De la mateixa manera, aquest Tribunal no és tampoc un òrgan fiscalitzador i queda limitat per les alegacions de les parts i el *petitum* de la recurrent, amb el topall de les exigències del principi de congruència i la prohibició de l'anomenada *reformatio in peius*, com no pot ser d'una altra manera, de conformitat amb l'esmentat article 57.2 de la LCSP i l'article 26.1 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, citat.

Així mateix, conforma la doctrina dels òrgans i tribunals competents per a la resolució del recurs especial que els actes dels òrgans de contractació disposen de la presumpció de validesa, certesa i legalitat, tret de prova en contra, existint una "*presumpció d'imparcialitat*", en termes de la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013, i de la doctrina d'aquest Tribunal (per totes, les resolucions 92/2018, 170/2017, 51/2017, 96/2016 i 80/2016).

NOVÈ. Com a qüestió prèvia, procedeix observar que, si bé SUMAR compta amb un perfil de contractant en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat, no s'aporta cap evidència de la publicació per part de SUMAR en dit perfil de la seva condició de mitjà propi ni de la resta de requeriments de publicitat en dit perfil establerts per la lletra a) de l'apartat 6 de l'article 32, abans reproduït. Aquesta mancança no desvirtua les indicacions

contingudes en els seus estatuts respecte de la seva condició de mitjà propi, com s'analitza tot seguit.

Pel que fa a la qüestió relativa a la contravenció de les condicions de SUMAR per a ser considerada mitjà propi de l'Ajuntament de Girona, l'examen de les fonamentacions de les parts i de l'expedient administratiu duu a observar que aquesta entitat mercantil, d'acord amb els seus estatuts (BOP núm. 190, de 4 d'octubre de 2017), té la condició de mitjà propi i servei tècnic dels ens públics que en siguin socis i que el seu objecte social, entre d'altres, inclou:

“1. L'execució i la gestió de serveis i activitats d'àmbit social, enteses en el sentit de millora del benestar de les persones (assistencials, educatives, d'habitatge, d'ocupació, preventives, docents, d'investigació i de coordinació,...). Prestar i/o gestionar serveis o infraestructures d'àmbit social, directament o indirectament (de gent gran, de violència masclista, d'infància, d'habitatge social, d'ocupació, d'immigració, de mediació, de treball comunitari,...).

En termes generals, l'execució, prestació i/o gestió de serveis o infraestructures d'àmbit social, de manera directa o indirecta, entès en el sentit de millora del benestar de les persones.”

Així mateix, consten relacionades les entitats respecte de les quals la societat té la condició de mitjà propi (article 3) amb la referència a què tindran aquesta condició tots aquells ens del sector públic que adquireixin participacions de l'entitat. Addicionalment, i entre d'altres previsions que no estan relacionades amb allò que és objecte de controvèrsia en aquest cas, també s'hi indica que els ens públics socis tindran un control anàleg sobre SUMAR a l'igual que sobre els seus propis serveis a través de la titularitat de participacions socials de la societat i aquest control, el qual s'articularà a través de la Junta General de socis, o bé, dels seus representants al Consell d'Administració de la societat.

D'altra banda, si bé es diu expressament que no existeix una clàusula d'exclusivitat en les actuacions de SUMAR respecte als seus socis, s'estableix que les actuacions de SUMAR amb tercers han de tenir caràcter marginal i s'estableix en un màxim del 20% del seu gir o facturació bruta anual, d'acord amb l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE. Així mateix, l'apartat 3 de l'article 5 del estatuts preveu que totes les activitats es desenvolupen d'acord amb les directrius, les estratègies i els objectius determinats pels ens socis de SUMAR S.L i que les funcions assignades, a més, s'hauran de realitzar de manera que es tingui en compte l'experiència dels responsables polítics i tècnics dels ens socis. En darrer terme, s'expressa que en el capital de SUMAR no podrà participar-hi cap tipus de soci privat.

En aquest cas, d'acord amb els antecedents i la documentació que conforma l'expedient, l'Ajuntament de Girona va procedir a l'adquisició, amb caràcter previ a l'encàrrec, de cinc participacions del capital social de SUMAR (escriptura d'adquisició de 15 de maig de 2018), la qual cosa, amb independència del percentatge que dites participacions suposen sobre el capital social, li va comportar passar a integrar-se com a soci de l'entitat i també nomenar representant en la Junta General de Socis i en el Consell d'Administració. Per tant, en relació amb el requisit establert per l'article 32.4.a) de la LCSP, referit al control anàleg que els poders adjudicadors respecte dels quals té la condició de mitja propi han d'ostentar, de manera conjunta, no s'aprecia l'incompliment al·legat.

Pel que fa al compliment requisit previst en l'apartat b) del mateix article 32.4, això és, que SUMAR realitzi més del 80% de les seves activitats es duguin a terme en exercici dels encàrrecs que li han estat confiats pels poders adjudicadors que la controlen o per altres persones jurídiques controlades pels mateixos, cal observar, en primer terme que, com s'ha exposat, en la memòria relativa al canvi de forma de gestió del SAD consten els percentatges de cada xifra de facturació de l'entitat dels darrers tres anys (2015-2016-2017), amb la conclusió que un 90% d'aquesta ha tingut com a finalitat donar compliment a les encomanes realitzades per ens públics.

La recurrent focalitza l'incompliment en la manca d'acreditació de la indicació del compliment d'aquest requisit en la memòria integrant dels comptes anuals i, per tant, per aplicació del principi de congruència, el Tribunal no entra a analitzar la correcció de les imputacions efectuades als efectes del còmput del percentatge², anteriorment referit, el qual, a més, s'efectua sobre tres exercicis (2015, 2016 i 2017), no tots subjectes a les previsions de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE.

Sobre la qüestió controvertida –manca d'indicació de la concurrència del requisit en la memòria dels comptes anuals- resulta rellevant, com indica l'Ajuntament i també la pròpia societat pública, que difícilment s'ha pogut donar compliment a aquesta norma amb caràcter retroactiu en el anys anteriors a l'entrada en vigor de la LCSP, perquè, certament, aquest requeriment d'acreditació no es deduïa de l'anterior legislació ni tampoc del tenor literal de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE.

² En el sentit de la Sentència del TJUE de 8 de desembre de 2016 (C-553/15).

En conclusió, no s'aprecien en SUMAR les contravencions del requisits exigits per l'article 32 de la LCSP, al·legades per la recurrent.

DESÈ. La segona qüestió controvertida fa referència a l'acreditació d'una millor rendibilitat o eficiència del servei. Al respecte, com aquest Tribunal ja ha tingut ocasió d'exposar en anteriors resolucions (105/2018 i 113/2018), s'ha de posar en relleu que, més enllà de dilucidar sobre l'abast de l'aplicació de la previsió de l'article 86.2 de la LRJSP relativa al requisit que, o bé l'opció de l'encàrrec al mitjà propi sigui més eficient que la contractació pública i resulti sostenible i eficaç, aplicant criteris de rendibilitat econòmica, o bé resulti necessari per raons de seguretat pública o d'urgència, la motivació i justificació de l'encàrrec es configura com la més elemental eina de garantia de bon govern i bona administració, especialment vinculada al compliment del principi d'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics (article 7 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera). Des d'aquesta perspectiva, la motivació i la justificació de l'acord esdevé un requisit de base per poder efectuar la revisió d'una decisió que, si més no, ha d'implicar una escrupolosa observança de la concurrència dels requeriments exigits per tal de situar aquest negoci jurídic fora de l'abast de la normativa de contractació pública i, per tant, de la seva exclusió de la licitació en el mercat obert (en aquest sentit, els informes de la Junta Consultiva de l'Estat núm. 65/2007, de 29 de gener de 2009, i 2/12, de 7 de juny de 2012).

Efectivament, els poders públics disposen d'una àmplia llibertat i discrecionalitat per a l'adopció de la forma de gestió del servei, tal i com reconeixen les pròpies directives de 2014 (articles 1.4 de la Directiva 2014/24/UE i 2.1 de la Directiva 2014/23/UE), però aquesta capacitat d'elecció de la forma de gestió no els eximeix de justificar el recurs a la fórmula que sigui –gestió directa o indirecta– en termes, si més no, d'eficiència i eficàcia. La pròpia legislació de contractes exigeix, amb caràcter general, la necessitat de justificar degudament l'adequació de l'objecte contractual a les necessitats a satisfer, així com de justificar la configuració dels elements essencials del disseny de la contractació (articles 22 i concordants del TRLCSP i 28 i concordants de la LCSP).

Justament, sobre la necessitat de l'existència d'aquesta motivació formal i material en l'adopció de model de gestió directa del servei mitjançant una entitat que tingui la consideració de mitjà propi, cal fer esment de la recent Sentència del Tribunal Superior de Justícia

d'Astúries, de 26 de febrer de de 2018 -en aquell cas, amb ocasió del canvi de model de gestió del servei públic de neteja viària-, d'acord amb la qual:

“Dicho de otra forma, solo cuando se constate que un determinado encargo puede ser satisfecho por un medio propio, de manera inequívoca, en condiciones más ventajosas que las de mercado, el cambio de gestión indirecta por una gestión directa de los servicios resultaría congruente con el principio de eficiencia que debe presidir la actuación del sector público. Y esto no sólo no se ha valorado por la sentencia de instancia, sino que, además, de haberse hecho se habría constatado que era la gestión indirecta la que permitía una prestación con mayor eficiencia y menor coste.” (el subratllat és nostre)

En el mateix sentit, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)³ afirma, respecte de l'ús dels encàrrecs a mitjans propis, que:

“(...) el empleo de este instrumento, que es inherentemente restrictivo de la competencia, debe realizarse justificando tanto el correcto otorgamiento de la condición de medio propio a una entidad pública como el recurso a la encomienda de gestión en cada aprovisionamiento concreto.”

En el cas de l'objecte d'aquest recurs, cal assenyalar que el conjunt de la documentació que conforma els dos expedients administratius vinculats a l'acte objecte de recurs aporten la justificació i la motivació suficient en relació amb la decisió d'efectuar l'encàrrec a SUMAR. Per tant, cal considerar complimentada degudament la motivació de l'acte i procedir a realitzar la funció revisora que correspon a aquest Tribunal.

Des d'aquesta perspectiva, les causes objecte de controvèrsia en aquesta qüestió tenen com a conseqüència que la recurrent negui que la gestió directa sigui l'opció més eficient i resulti sostenible i eficaç, aplicant criteris de rendibilitat econòmica. En aquest sentit, s'observa que l'Ajuntament posa en relleu el règim específic que tant la Directiva 2014/24/UE com la LCSP reserven per a determinats contractes –essencialment de serveis socials i sanitaris. Efectivament, els articles 74 i següents de la Directiva 2014/24/UE estableixen la possibilitat d'adoptar un règim ad hoc per als serveis especificats en el seu annex XIV amb un llindar propi (750.000 euros), el qual pivota sobre la necessitat que es garanteixin determinats aspectes en la seva prestació⁴. En aquest escenari, certament la LCSP determina, al llarg del

³ Informe sobre “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, de juliol de 2013.

⁴ Així, l'apartat 2 de l'article 76 preveu que: “2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de 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

seu articulat, diferents especialitats per a aquests serveis –concretats en el seu annex IV- els quals, principalment en relació amb la configuració dels criteris d'adjudicació, tenen com a objectiu principal garantir l'assoliment de la màxima qualitat en la prestació.

D'acord amb l'informe emès per la Cap d'Igualtat i Drets Socials de l'Ajuntament i amb la memòria SAD, en l'encàrrec objecte de recurs es prenen els aspectes previstos per la Directiva per als serveis socials per avaluar els models de gestió del SAD de Girona–el precedent i el de gestió directa-, amb el resultat d'apreciar-se una millora en sis aspectes relatius a la prestació del servei.

La recurrent, en base a les previsions del plec de condicions que regula l'encàrrec a SUMAR, nega la millor eficiència en general i, com s'ha vist, qüestiona alguns aspectes concrets. De tots ells, els relatius als horaris de prestació del servei i d'immediatesa en les urgències, els relatius als horaris de centraleta i al servei de seguiment telemàtic i comunicació permanent, han estat refutats i argumentats per l'Ajuntament. Addicionalment, que les dues empreses tinguin la mateixa certificació de qualitat tampoc menysté l'opció per la gestió directa del SAD.

En relació amb els aspectes econòmics de l'encàrrec (tarifes del servei, quilometratge, dies de lliure disposició, temps de descans i eventual revisió del preu en un futur), l'argumentari de la recurrent decau, en primer terme, perquè referenciava la comparativa als preus fixats per al 2014, sense tenir en compte cap dels increments dels costos estructurals del servei, principalment el salarial. En definitiva, si bé s'admet l'augment de tarifes sobre la base que els preus que s'adopten responen a la necessitat d'assumir els costos reals –alguns ja concretats i d'altres encara no- i d'evitar conflictitat laboral, no pot apreciar-se un manca d'eficiència del servei prestat per l'encàrrec a SUMAR, tal i com manté la recurrent, ja que la sostenibilitat i l'eficàcia econòmica requereixen tarifes que responguin als costos efectius.

En definitiva, aquest Tribunal no pot apreciar la concurrència de les al·legacions de la recurrent en relació amb les valoracions d'eficiència que motiven l'encàrrec.

usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.” (el subratllat és nostre)

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 presentat pel senyor J.A.M.S., en nom i representació de l'empresa ACCENT SOCIAL, SL, contra la formalització per encàrrec a mitjà propi realitzada per l'Ajuntament de Girona respecte del servei d'atenció domiciliària en favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, SL.
- 2.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 3.- 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.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 28 de novembre de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta