EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

Resoluciones que aplican el Texto Refundido
de la Ley de Contratos del Sector Público

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI

2011 - 2018

Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa
Órgano Administrativo
de Recursos Contractuales

DOCTRINA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

Resoluciones que aplican el Texto Refundido
de la Ley de Contratos del Sector Público

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI

2011-2018

Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoa
Órgano Administrativo
de Recursos Contractuales

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2019

Un registro bibliografico de esta obra puede consultarse en el catálogo de la red *Bibliotekak* del Gobierno Vasco
http://www.bibliotekak.euskadi.net/WebOpac

Edición: 1ª, noviembre 2019

Tirada: 40 ejemplares

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Departamento de Hacienda y Economía

Internet: www.euskadi.net

Edita: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco
Donostia-San Sebastián 1, 01010 Vitoria-Gasteiz

Diseño: EkipoPO

Impresión: Servicio de Imprenta y Reprografía del Gobierno Vasco
C/ Donostia-San Sebastián 1, Vitoria-Gasteiz 01010

Depósito Legal: VI 729-2019

ÍNDICE

1. REQUISITOS DEL RECURSO 15

1.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA 15

1.1.1 De Ayuntamiento 15

1.1.2 De sindicato 17

1.1.3 De trabajadores 19

1.1.4 De colegios profesionales 21

1.1.5 De una asociación profesional 22

1.1.6 De quien ha presentado oferta y luego recurre 23

1.1.7 De licitador que ha retirado su oferta 25

1.1.8 De licitador excluido mientras su exclusión no sea firme 26

1.1.9 De licitador que reclama un número de puntos no suficiente para ser adjudicatario 28

1.1.10 De licitador que impugna la adjudicación de lotes a los que no concurre 29

1.1.11 De licitador excluido contra la adjudicación si puede suponer la convocatoria de una nueva licitación 29

1.1.12 De quien no presenta una oferta 30

1.1.13 De un componente de la UTE si no consta la oposición de los demás 31

1.1.14 De concejales. Legitimación «ex lege», diferente a la acción pública 32

1.1.15 De concejales que no votaron la decisión recurrida 33

1.1.16 De concejal aunque no del grupo municipal 34

1.1.17 De concejal miembro del consejo de administración de una sociedad pública municipal 34

1.1.18 Carece de ella el poder adjudicador 37

1.2 PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN. 38

1.2.1 Anuncio de interposición 38

1.2.2 Inicio del plazo de interposición del recurso contra la adjudicación 38

1.2.3 Inicio del plazo de interposición del recurso cuando los pliegos deban publicarse en el DOUE 40

1.2.4 Inicio del plazo de interposición del recurso si se impugna el desistimiento. 41

1.2.5 Inicio del plazo de interposición del recurso si recurso presentado por concejal. 41

1.2.6 Cómputo del plazo cuando se impugnan los pliegos de un contrato no sujeto a regulación armonizada 42

1.2.7 Plazo de interposición del recurso y relevancia de la omisión de la publicidad de la adjudicación en el perfil de contratante 42

1.2.8 Carácter preclusivo del recurso 43

1.2.9 Presentación del recurso en Correos 44

1.2.10 Omisión de la presentación telemática del recurso especial 45

1.2.11 Características de un escrito para su consideración como recurso 46
1.2.12 Incorrecta calificación del recurso 48
1.3 ACTOS RECURRIBLES 48
1.3.1 No son actos recurribles 48
1.3.2 Son actos recurribles 51
1.4 CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL 57
1.4.1 Contrato de explotación del servicio de cafetería 57
1.4.2 Servicios de distribución de bebidas y alimentos mediante máquinas expendedoras 58
1.4.3 Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente como administrativo especial 59
1.4.4 Diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicios 60
1.4.5 Contrato de obra de remodelación de instalación deportiva y su explotación 61
1.4.6 Contrato de explotación de planta de residuos calificado inicialmente como administrativo especial 63
1.4.7 Concierto sanitario calificado inicialmente como contrato de gestión de servicio público 66
1.4.8 Contrato calificado como «concesión urbanística» 68
1.4.9. Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente de gestión de servicio público 71
1.4.10. Cesión de espacios para inserción de publicidad 72
1.4.11 Convenio para la cofinanciación de un contrato de obras 75
1.4.12 Sujeción a recurso especial, excepto en los umbrales, de una administración pública que actúa en el ámbito de la Ley 31/2007 77
1.4.13 Contrato de seguridad de una entidad que opera en el ámbito del transporte. Efecto directo del ámbito objetivo de la Directiva 2014/25, desplazamiento del artículo 22.2.6º del RPEMRC 78
1.4.14 Inserción de publicidad exterior en autobuses de empresa concesionaria de transporte urbano por carretera 79
1.5 PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA COMPETENCIA DEL OARC / KEAO 80
1.5.1 Está sujeto MERCABILBAO 80
1.5.2 No está sujeta la Diputación Foral de Gipuzkoa 84
1.5.3 Está sujeta la empresa concesionaria del servicio de transporte urbano de viajeros por carretera de Bilbao. 84
1.6 OTRAS CUESTIONES PROCESALES 86
1.6.1 Solicitud de inadmisión del recurso basada en la falta de aptitud del recurrente 86
1.6.2. «Recurso indirecto» contra los pliegos 87
1.6.3 Diferencia entre la posición procesal del recurrente y la de los interesados en el procedimiento 90
1.6.4 Recurso especial y cuestión de nulidad 91
1.6.5 Congruencia 93
1.6.6 No exigibilidad del acuerdo del órgano competente de la persona jurídica para la interposición del recurso 93
1.6.7 La invalidez del acto impugnado se puede basar en cualquier infracción legal. 94

1.6.8 Concesión por OARC de trámite de audiencia sobre cuestión no planteada 95
1.6.9. Constitución de garantía para responder de los daños provocados por la suspensión del procedimiento 95

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 97

2.1 IGUALDAD DE TRATO 97

2.2 PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA 103

2.3 LIBERTAD DE ACCESO 107

2.4 LIBRE COMPETENCIA 107

2.5 OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA 112

2.6 OTROS 114

2.6.1 Libertad de pactos 114
2.6.2 Confianza legítima 115
2.6.3 Buena fe 115
2.6.4 Propios actos 116
2.6.5 Conservación de los actos administrativos 116

3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN 117

3.1. OPERADORES ECONÓMICOS 117

3.1.1 Concepto 117
3.1.2 Entidades sin ánimo de lucro 118
3.1.3 Operadores económicos subvencionados 118
3.1.4 Sociedades irregulares (no inscritas) 119
3.1.5 Centros especiales de empleo 120

3.2 PROHIBICIONES DE CONTRATAR 121

3.2.1 No son ampliables por los pliegos 121

3.3 CLASIFICACIÓN 122

3.3.1 Exigencia de clasificación no procedente 122
3.3.2 Los pliegos no cumplen con la obligación de señalar la solvencia alternativa a la clasificación 123

3.4 SOLVENCIA 124

3.4.1 Vinculada al objeto 124
3.4.2 Medios de acreditación 125
3.4.3 Proporcionalidad 126
3.4.4 No discriminación 129
3.4.5 Arraigo territorial 130
3.4.6 Diferente de los criterios de adjudicación 132
3.4.7 Fijación de un umbral 132

3.4.8 Titulaciones académicas 132
3.4.9 El compromiso de adscripción de medios 135
3.4.10 Mención en el anuncio 136
3.4.11 Trabajos similares 136
3.4.12 Certificados de calidad de gestión medioambiental y clasificación 139
3.4.13 Solvencia y condición de ejecución 142
3.4.14 Integración de la solvencia 144
3.4.15 Diferencia con obligaciones legales sectoriales que afectan a la prestación 146
3.4.16 Momento en el que deben reunirse los requisitos 147
3.4.17 Documento europeo único de contratación 147
3.4.18 Diferente de las prescripciones técnicas 151
3.5 HABILITACIÓN PROFESIONAL 151
3.5.1 Diferencia con la solvencia 151
3.5.2 No susceptible de integrarse con medios externos 152
3.6 OBJETO SOCIAL 153
3.6.1 Interpretación amplia 153
3.6.2 Prestaciones accesorias 153
3.7 UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS 154
3.7.1 Capacidad y solvencia de la UTE 154
3.7.2 Única fórmula de licitación solidaria 155
3.7.3 Capacidad de sus miembros 155
4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN 157
4.1 PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN 157
4.1.1 Elección del procedimiento de adjudicación 157
4.1.2 Contratación conjunta de proyecto y obra 158
4.1.3 Procedimiento restringido 160
4.1.4 Concurso de proyectos 161
4.1.5 Diálogo competitivo 162
4.1.6 Procedimiento negociado por imperiosa urgencia 164
4.1.7 Proceso de negociación 165
4.1.8 Acuerdo marco 167
4.1.9 Tramitación de urgencia 170
4.1.10 Omisión de trámites esenciales del procedimiento 171
4.2 MESA DE CONTRATACIÓN 172
4.2.1 La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública 172
4.2.2 Constitución de la mesa 173
4.2.3 Apertura de las ofertas 174
4.2.4 Competencias de la Mesa de Contratación 175

4.3. COMITÉ DE EXPERTOS 177
4.3.1 Intervención preceptiva del Comité: consecuencias de la omisión 177
4.4 OTROS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO 179
4.4.1 Conflicto de intereses 179
4.4.2 Aplicación de la Ley 30/1992 (Ley 39/2015) 187
4.4.3 Plazos legales del procedimiento 187

5. PLIEGOS DEL CONTRATO 189

5.1. CUESTIONES GENERALES 189
5.1.1 Correcta definición del objeto 189
5.1.2 Contrato mixto 192
5.1.3 División en lotes 193
5.1.4 Penalidades 195
5.1.5 Requisitos de las modificaciones previstas 197
5.1.6 Documentos incluidos en el concepto de «pliegos» 200
5.1.7 Vigencia y plazo de ejecución 203
5.2. INTERPRETACIÓN 205
5.2.1 Aplicación supletoria del Código Civil 205
5.2.2 Interpretación integrada 206
5.2.3 Actos anteriores o posteriores 206
5.3 PRECIO Y PRESUPUESTO 207
5.3.1 Concepto de valor estimado 207
5.3.2 Precio del contrato 208
5.3.3 Revisión de precios 212
5.3.4 Crédito reservado para la financiación del contrato 214
5.3.5 Onerosidad 217
5.4 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN 218
5.4.1 Vinculación al objeto 218
5.4.2 Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria 221
5.4.3 Criterios discriminatorios 224
5.4.4 Criterios sujetos a fórmulas 227
5.4.5 El precio como criterio de adjudicación 230
5.4.6 Criterios de apreciación imposible 237
5.4.7 Subcriterios 238
5.4.8 Consecuencias de la nulidad de un criterio 239
5.4.9 Valoración del equipo de trabajo 239
5.4.10 Cuadrante de Gartner 241

5.4.11 Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva 242
5.4.12 Criterio de adjudicación que versa sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación 244
5.4.13 Evaluación de que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación 244
5.4.14 Diferencia con los criterios de solvencia 245
5.4.15 Diferencia con las prescripciones técnicas 245
5.4.16 No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración 246
5.4.17 Umbrales eliminatorios 247
5.5 PRESCRIPCIONES TÉCNICAS 248
5.5.1 Barreras de entrada a la competencia 248
5.5.2 Etiquetas y certificados de calidad 253
5.5.3 Lugar de entrega de los suministros 258
5.5.4 Descripción de las prescripciones técnicas 259
5.6 VARIANTES Y MEJORAS 260
5.6.1 Variantes: concepto 260
5.6.2 Mejoras: concepto 262
5.7 OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES 262
5.7.1 Obligación legal 262
5.7.2 La decisión de facilitar o no la información requerida por el art. 120 TRLCSP es revisable por OARC/KEAO 264
5.7.3 La información sobre la subrogación ha de ser veraz 266
5.8 CALIFICACIÓN DEL CONTRATO 267
5.8.1 Suministros 267
5.9 CONDICIONES DE EJECUCIÓN 268
5.9.1 Condiciones de ejecución que reiteran obligaciones legales 268
5.9.2 Convenios colectivos 269
5.9.3 Condiciones de ejecución discriminatorias por indicar «arraigo territorial» 270
6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES 273
6.1 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA 273
6.1.1 Falta de firma 273
6.1.2 Error de cuenta en la suma 274
6.1.3 No debe tenerse en cuenta el IVA para valorar el precio 276
6.1.4 Superación de un precio unitario señalado por la Administración 278
6.1.5 Libertad de configuración de la oferta 279
6.1.6 Confidencialidad 280
6.1.7 Oferta integrada 281

6.1.8 Error en la oferta técnica 283
6.1.9 Oferta contradictoria 284
6.1.10 Ofertas contrarias a los pliegos 284
6.1.11 Requisitos de extensión y forma de la oferta 286
6.1.12 No hace falta mención expresa en la oferta a todos los compromisos contenidos en los pliegos 287
6.1.13 Requisitos de las ofertas y requisitos de ejecución del contrato 287
6.1.14 Consecuencias de la omisión de documentación necesaria para valorar la oferta 288
6.2 PLAZO DE PRESENTACIÓN 289
6.2.1 Su respeto es una expresión del principio de igualdad de trato 289
6.2.2 Superior al establecido en la norma 289
6.3 SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA 290
6.3.1 Finalidad de la apertura separada de sobres 290
6.3.2 Vulneración material del secreto 291
6.4 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS 292
6.4.1 Imposibilidad de apreciar anormalidad sin parámetros previos (en procedimientos con varios criterios de adjudicación) 292
6.4.2 Fórmula de anormalidad o desproporcionalidad que no puede aplicarse sin incurrir en arbitrariedad 292
6.4.3 Procedimiento de apreciación de la anormalidad 295
6.4.4 Justificación de la decisión del poder adjudicador 300
6.4.5 En precios unitarios 301
6.4.6 Doctrina general 301
6.5 SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES 303
6.5.1 Ausencia total de documentación 303
6.5.2 Subsanación oferta técnica 305
6.5.3 Aclaración de las ofertas 309
7. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO 315
7.1 EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO 315
7.1.1 Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión 315
7.1.2 Motivación 316
7.1.3 Si incumplimiento, insuficiencia declaración genérica de acatamiento de pliegos 317
7.1.4 No es preciso un listado exhaustivo de supuestos de exclusión 317
8. ADJUDICACIÓN 319
8.1 MOTIVACIÓN 319
8.1.1 Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica 319
8.1.2 Requiere comparación entre ofertas distintas 322

8.1.3 Motivación por referencia a un informe *in aliunde* *323*
8.1.4 Juicio sobre base fáctica errónea 323
8.2 OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO 324
8.2.1 Desistimiento: razones de legalidad 324
8.2.2 Renuncia: razones de interés público 324
8.2.3 Declaración de desierto 330
9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO 331
9.1 CUMPLIMIENTO Y EFECTOS 331
9.1.1 Recurso frente a acto de adjudicación dictado en ejecución de una resolución previa 331
9.1.2 Fijación por el OARC/KEAO de la oferta económicamente más ventajosa 331
9.1.3 Cosa juzgada administrativa (resolución firme) 332
9.1.4 No cabe satisfacer la pretensión de cancelación de la licitación cuando hay ofertas válidas 334
9.1.5 No cabe la retroacción de actuaciones cuando hay desvelamiento de secreto de la oferta y no es posible una nueva evaluación separada 334
9.1.6 Aplicación moderada de la anulación 335
9.1.7 Efectos de la resolución y eliminación de la valoración los elementos antijurídicos 335
9.1.8 La anulación de un criterio de adjudicación implica la de todo el procedimiento 336
9.1.9 Anulación de una cláusula referente a la ejecución del contrato 336
9.1.10 Indemnización 337
9.2 OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO 337
9.2.1 Desistimiento del recurso 337
9.2.2 Allanamiento del poder adjudicador 338
9.3 TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO 339
9.4 PÉRDIDA DEL OBJETO DEL RECURSO 340
10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES 343
10.1 NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES 343
10.1.1 Notificación en domicilio distinto al señalado 343
10.1.2 Notificación defectuosa 343
10.1.3 Notificación verbal del acuerdo de exclusión 347
10.1.4 Notificación por medios electrónicos y telemáticos 348
10.1.5 La notificación no puede ser sustituida por la publicación en el perfil de contratante 349
11 OTRAS CUESTIONES 351
11.1 OTRAS CUESTIONES 351
11.1.1 Contenido de los anuncios de la licitación 351
11.1.2 Subcontratación 353
11.1.3 Derecho de acceso al expediente 356

11.1.4 Protección de datos 362
11.1.5 Resolución unilateral del contrato 364
11.1.6 Prohibición del «Efecto vertical descendente» de las Directivas sobre contratos 366
11.1.7 Alcance actual del término «regulación armonizada» 367
11.1.8 Directiva aplicable por razón temporal 368
11.1.9 Prejudicialidad penal 369
11.1.10 Suspensión unilateral 369
11.1.11 Transitoriedad TRLCSP / LCSP 371

ANEXO: RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS 373

1. REQUISITOS DEL RECURSO

1.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA

1.1.1 De Ayuntamiento

Resolución 11/2012

SEGUNDO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 312 de la LCSP «podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»

Teniendo en cuenta que la actividad revisora de la administración puede ser susceptible, asimismo, de revisión por el orden jurisdiccional correspondiente procede analizar los supuestos de legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y para ello habrá que acudir al artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en la que se relacionan los sujetos legitimados ante el citado orden jurisdiccional.

TERCERO: El artículo 19.1.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone que estarán legitimadas «Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales».

La autonomía local se halla reconocida por los artículos 137 y 140 de la Constitución (CE). En lo que respecta a la configuración de la autonomía local señala la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en su Dictamen 193/2011, en relación con la consulta 187/2011, relativa al anteproyecto de Ley municipal de Euskadi que «Puede decirse, pues, que la garantía institucional de la autonomía local protege a los entes en tres sentidos: en la finalidad, evitando su desaparición; en cuanto al contenido, conformando un núcleo irreductible de los mismos; y frente al paso del tiempo, a fin de hacerlos reconocibles. (pár. 121)».

Respecto a la autonomía local constitucionalmente garantizada y su relación con el planeamiento urbanístico, el Tribunal Constitucional en su sentencia 240/2006, 20 julio RTC 2006\240, señala que:

> (…) la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias (STC

> 40/1998, de 19 de febrero [RTC 1998, 40], F. 39). A efectos del enjuiciamiento a efectuar ahora ha de tenerse presente la consolidada doctrina, sintetizada en la STC 159/2001, de 5 de julio (RTC 2001, 159) , F. 4, según la cual la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las Comunidades Autónomas, según el art. 148.1.3 CE [RCL 1978, 2836] , pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada (FJ 10)

En consecuencia, en ejecución de la competencia normativa exclusiva atribuida por el artículo 143.1.3 CE y artículo 10.31 EAPV, se dictó la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU) donde, en materia de urbanismo, se confiere a los municipios, entre otras, la competencia para formular y tramitar el plan general (art. 90 LSU), formulación y tramitación de planes parciales (art. 95 LSU), aprobación inicial y definitiva de los estudios de detalles (art. 98 LSU), la tramitación de ordenanzas municipales de urbanización y edificación (art. 99 LSU) y el control de actividades y actos regulados por la ordenación urbanística (art. 209 LSU).

CUARTO: La CAPV goza de competencia exclusiva en materia de puertos, según lo dispuesto en el artículo 10.32 del EAPV, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.20 de la CE. Es decir, con excepción de la marina mercante y de los puertos de interés general. Asimismo, la materia de puertos está también relacionada con la ordenación del territorio y el litoral, y el urbanismo, que son competencia exclusiva de la CAPV, a tenor de lo previsto en el artículo 10.31 EAPV tal y como se ha señalado en el fundamento anterior.

En relación con la actividad de control previo municipal de las obras a realizar en dominio público portuario, la STC 40/1998 de 19 febrero – RTC 1998\40 –, señala lo siguiente:

> (…) De todo ello no puede, sin embargo, colegirse que la intervención del municipio en los casos de ejecución de licencia obras que deben realizarse en su término tenga que traducirse, sin excepción alguna, en el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística. Es cierto que, como dispone el art. 84.1, b) LBRL, esa será la solución normal por lo que a la actividad de los ciudadanos se refiere, e incluso deberá ser también la regla general en el caso de licencia obras que deban realizarse por otras Administraciones, pero no puede considerarse que atente contra la autonomía que garantiza el art. 137 CE el que el legislador disponga que, cuando existan razones que así lo justifiquen, la intervención municipal se articule por medio de otros procedimientos adecuados para garantizar el respeto a los planes de ordenación urbanística. En efecto, como se ha indicado, el art. 19 LPMM sustrae al control preventivo municipal «las licencias obras de nueva construcción,

> reparación y conservación que se realicen en dominio público portuario por las Autoridades Portuarias» (apartado 3). No obstante, la Ley no excluye la intervención del municipio, el cual debe emitir un informe sobre la adecuación de tales licencias obras al plan especial de ordenación del espacio portuario (apartado 1). Se garantiza, por tanto, la intervención del ente local tal y como exige la garantía institucional de la autonomía municipal, por lo que no puede apreciarse un menoscabo ilegítimo de la misma (…) (FJ 39)

La CAPV no ha desarrollado su competencia exclusiva en puertos a través de una norma propia, por lo que, en relación con esta materia, aplica de forma supletoria la legislación estatal de la cual se concluye que las obras a realizar en dominio público portuario están sujetas a informe de la Administración urbanística correspondiente (art. 59 TRLPMM), no apreciando el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 40/1998, menoscabo de la autonomía municipal pues la obra se sujeta a un control previo municipal.

QUINTO: En este marco competencial, corresponderá al Ayuntamiento de Ondarroa la aprobación inicial y definitiva de los estudios de detalle a los que se refiere el artículo 73 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, con el contenido del art. 74 y, asimismo, ostentará la competencia para el otorgamiento de la licencia o informe urbanístico con el fin de controlar la legalidad de los actos, las operaciones y las actividades reguladas por la ordenación urbanística y, corresponderá al Gobierno Vasco, la competencia señalada en el artículo 16.1.b) del Decreto 607/2009, de 24 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, consistente en «b) La planificación y programación de inversiones en infraestructuras portuarias de titularidad autonómica y de su mantenimiento así como la planificación y desarrollo de nuevas infraestructuras portuarias.»

SEXTO: El objeto del contrato cuyo anuncio se impugna consiste en la redacción del proyecto de la lonja de pescado de Ondarroa. Siendo ésta una infraestructura portuaria, entra dentro del ámbito competencial del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco su planificación y programación y, en su caso, ejecución, no apreciándose que la decisión de concertar el contrato afecte al ámbito de la autonomía local pues el Ayuntamiento siempre conservará su competencia de control previo sobre la legalidad de la obra a ejecutar, señalándose que no es objeto del contrato la realización de las obras. En este sentido, no se aprecia la concurrencia en la persona del recurrente de la legitimación a que hace referencia el artículo 19.1.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.1.2 De sindicato

Resolución 69/2016

> (…) Tal y como manifiesta el poder adjudicador en su informe de contestación al recurso, en pronunciamientos anteriores (Resolución 92/2014) este OARC / KEAO ha considerado que «Siendo claro que la Ley no limita la legitimación

> únicamente a los licitadores o a las empresas potencialmente interesadas en el contrato, la legitimación de los sindicatos para la interposición del recurso especial ha sido analizada por la doctrina de los tribunales y órganos de resolución de recursos contractuales siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que ha fijado cuatro premisas en esta materia: primera, que el interés legítimo debe entenderse como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada; segunda, que los sindicatos, por reconocimiento constitucional y en virtud de los Tratados Internacionales suscritos por España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores en general; tercera, que esa capacidad abstracta debe concretarse en cada caso mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión; y, cuarta, que dicho vínculo radica en la noción de interés profesional o económico (ver, por ejemplo, la Resolución 482/2014 del TACRC y las que en ella se citan, las sentencias 7/2001, 24/2001 y 84/2001 del Tribunal Constitucional, y la Resolución 46/2012 de este OARC / KEAO).»

Proyectada esta doctrina sobre los diversos recursos planteados por diversas centrales sindicales, este OARC / KEAO consideró en diversos pronunciamientos que estas organizaciones carecían de legitimación para impugnar la cláusula de revisión de precios del contrato (Resolución 92/2014), las cláusulas de subrogación en los contratos de los trabajadores adscritos a la prestación (Resolución 22/2015, Resolución 31/2015 y Resolución 135/2016), la insuficiencia del presupuesto de contrata para garantizar la aplicación del convenio (Resolución 136/2015) o el pliego en su totalidad, junto con la petición de que no se publique uno nuevo hasta que no se cierre el proceso de negociación colectiva en curso que podría conducir a que los trabajadores componentes de la plantilla susceptible de ser subrogada en virtud del posible cambio de adjudicatario se incluyeran en otro Convenio Colectivo distinto al mencionado en el Pliego (Resolución 77/2015 y Resolución 78/2015).

No obstante, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 448/2015, de 26 de octubre de 2015, en la que se estima en parte el recurso contencioso administrativo planteado por UGT contra la Resolución 92/2014 de este OARC / KEAO, se viene a señalar en su fundamento de derecho cuarto que la verificación de si concurre el presupuesto procedimental o procesal de la legitimación se articula exclusivamente sobre la base de la afirmación del interés específico del colectivo, asociación o sindicato recurrente en combatir una determinada actuación o regulación por la especial conexión con su objeto, de suerte que si el acto tiene incidencia sobre esos intereses, y el sindicato impugnante no demuestra un abstracto interés en la legalidad contractual sino una correlación entre los intereses laborales y económicos de sus afiliados y lo que es materia de los pliegos, la legitimación deviene indiscutible y por esta razón se considera que ostenta interés legítimo en promover la revisión de las cláusulas y pliegos contractuales que versan directa o indirectamente sobre las condiciones laborales y salariales de la plantilla.

La Central Sindical ELA en su recurso argumenta contra la información contenida en el pliego sobre el convenio colectivo de aplicación en Araba, contra el presupuesto de contrata del lote nº 4, porque no garantiza que a la plantilla a subrogar se le aplique el Convenio de ambulancias de Gipuzkoa, y contra la información sobre salario anual del personal que tiene derecho a ser subrogado; todas ellas cláusulas que, directa o indirectamente, versan sobre

las condiciones laborales o salariales del personal a subrogar, razón por la que se estima que goza de legitimación para interponer el recurso especial.

1.1.3 De trabajadores

Resolución 91/2013

PRIMERO: En su informe de 30 de mayo de 2013, el poder adjudicador opone la falta de legitimación activa de los trabajadores para la impugnación de los pliegos.

Se ha de señalar que los recurrentes son trabajadores de las empresas que han sido las anteriores adjudicatarias de los contratos de servicios cuyos pliegos impugnan. Considera, por ello, el poder adjudicador que los recurrentes no pueden obtener ningún efecto cierto y real, ya sea positivo o negativo, en función de si prospera su recurso especial contra los pliegos pues la finalidad del artículo 120 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), que los trabajadores consideran infringido, es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales a los efectos de preparar su oferta económica. Por ello, si los convenios colectivos en vigor del sector impusieran la subrogación y esta información no hubiera sido contenida en los pliegos, serían las licitadoras las legitimadas activamente para la impugnación de los mismos. Alegan que la obligación de subrogación no se deriva del derecho administrativo sino de la legislación laboral.

Por su parte, los recurrentes alegan que son trabajadores de Ferroser Infraestructuras, S.A. y de Copalsa y están destinados a los puestos de trabajo que en estas dos empresas se dedican a las actividades objeto del contrato cuyos pliegos se impugnan, y entienden que su contenido les perjudica. Alegan que los pliegos impugnados omiten la cláusula, que si figuraba en el anterior contrato, de que la nueva empresa adjudicataria se subrogue como empleador en las relaciones laborales existentes, entre las que se encuentran los contratos de los trabajadores recurrentes, y consideran que tal omisión conculca el artículo 20 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al servicio de la Diputación Foral de Álava.

El análisis de la alegación debe ser iniciado con el artículo 42 del TRLCSP el cual dispone que: «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

El precepto reproducido en el párrafo anterior debe interpretarse a luz de la doctrina sentada por los Tribunales que, en relación con el concepto de «interés legítimo», exigen que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos

excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Esto última significa que el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad. (SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003).

Como se ha indicado, los recurrentes solicitan la inclusión en los pliegos de condiciones de los contratos de una cláusula de subrogación del nuevo adjudicatario del contrato en las relaciones laborales existentes y solicitan la nulidad de los pliegos aprobados basándose en la falta de motivación del poder adjudicador en este punto, que se separa del criterio seguido en actuaciones precedentes, y en el incumplimiento del artículo 20 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del personal al servicio de la Diputación Foral de Álava.

Este órgano resolutorio ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la subrogación en pronunciamientos anteriores (Resolución 17/2013) y en concreto sobre el alcance del artículo 120 del TRLCSP, en los que se viene a concluir que

> La posible subrogación del licitador en las relaciones laborales que mantenía el anterior adjudicatario tiene su fundamento en la normativa laboral sobre la sucesión de empresa, en concreto, en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, de Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) que en su párrafo primero dispone que «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.
>
> Además de la subrogación empresarial basada en la sucesión de empresas cabe que aquella tenga su origen en alguna de los fuentes de la relación laboral que enumera el artículo 3 del ET, y que bajo la rúbrica de «Fuentes de la Relación laboral» preceptúa que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan únicamente: «a) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) por los convenios colectivos; c) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo [...] d) por los usos y costumbres locales y profesionales».
>
> Cabe poner de manifiesto que el artículo 3 del ET no reconoce los pliegos de cláusulas administrativas particulares que dicte una Administración como fuente para regular elementos de la relación laboral. Además, se ha de tener en cuenta que la Administración autora de los pliegos es ajena a la relación entre el adjudicatario saliente y sus empleados y la relación de éstos con el entrante y, además, está actuando en el ámbito de la contratación pública, que regula la ejecución del servicio, y no en el plano de las relaciones laborales. En este sentido, cabe recordar que la obligación de subrogación en las obligaciones laborales no alcanzará nunca al poder adjudicador pues el artículo 301.4 TRLCSP dispone que «A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que

> hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.
>
> Sentado lo anterior, cabe afirmar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP, la administración no tiene por qué incluir en el PCAP la obligación de subrogación, sino sólo la información al respecto, toda vez que la existencia o no de sucesión de empresa excede del ámbito de la contratación administrativa.

Como correctamente apunta el poder adjudicador en su informe, en aplicación del artículo 120 del TRLCSP los pliegos de condiciones deben recoger la información necesaria sobre las condiciones de subrogación siendo su finalidad la de que los licitadores tengan en cuenta este coste.

En este sentido, se puede afirmar que la satisfacción del interés de los recurrentes no deriva de que se estime su pretensión de nulidad de los pliegos, pues su interés en que el nuevo adjudicatario se subrogue como empleador en sus contratos de trabajo dependerá de la aplicación de la normativa laboral, de si concurren los presupuestos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para que se entienda que existe la sucesión de empresa o de si la subrogación está prevista en el convenio colectivo del sector, debiendo instar los recurrentes la satisfacción de su interés en esta rama del derecho. Por ello, se puede afirmar que no hay relación entre el acto recurrido y la esfera jurídica de los recurrentes ya que su derecho a que el nuevo adjudicatario del contrato se subrogue como empleador en sus contratos laborales no va a surgir de los pliegos de condiciones que, en aplicación del artículo 120 TRLCSP, recogerán únicamente información sobre las condiciones de subrogación.

Además, la eventual infracción del artículo 120 del TRLCSP afectaría a quienes necesitan de la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo para efectuar una oferta económica con conocimiento de todos los costes que inciden en la correcta prestación del servicio, que sí se hallarían legitimados para recurrir, pero no afectaría a quienes su interés se halla circunscrito al plano de las relaciones laborales entre el adjudicatario entrante y saliente con sus empleados, todas ellas ajenas al poder adjudicador, y que se concretarían con posterioridad a la adjudicación del contrato, por lo que la eventual estimación del recurso no reportaría ningún beneficio jurídico a los recurrentes.

1.1.4 De colegios profesionales

Resolución 9/2012

SEXTO: Previamente al examen de la cuestión de fondo planteada en el recurso, es necesario examinar si asiste a la recurrente la legitimación activa necesaria para impugnar los pliegos. Para ello debe partirse de lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, según el cual podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

El precepto trascrito en el párrafo anterior debe interpretarse a luz de la doctrina sentada por los Tribunales que, en relación con el concepto de «***interés legítimo***«, exige que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad». (SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003)

En el presente supuesto el recurrente, que es una corporación de derecho público creada al amparo de la Ley 7/2003, de 22 de diciembre, del Parlamento Vasco, tiene como finalidad, según el artículo 8 de sus Estatutos, representar y defender la profesión y los intereses generales de los colegiados en el País Vasco, especialmente en sus relaciones con las Administraciones Públicas de cualquier ámbito.

En su recurso, el Colegio persigue como objetivo principal la defensa de los intereses generales de sus asociados, que se traduce en que en el servicio de atención y dinamización de las ludotecas y de los locales de jóvenes municipales y para la atención y dinamización de la oferta de tiempo libre de verano sólo puedan estar presentes las personas que cuenten con la titulación de Educador/a Social. Más adelante interesa, como objeto subsidiario, que aquellas empresas y/o proyectos que presenten personal con la titulación/habilitación en Educación Social reciban la máxima puntuación posible en ese apartado concreto, como manifestación del reconocimiento administrativo de sus mejores cualidades para el desempeño de las funciones y el logro de los objetivos que motivan la oferta administrativa del Ayuntamiento de Errenteria. Por tanto, queda acreditado en el recurso el efecto cierto de las Bases del contrato en el Colegio de Educadoras y Educadores Sociales del País Vasco, pues la resolución recurrida es susceptible de repercutir en los intereses generales y particulares de sus colegiados, por lo que este Órgano entiende que posee un interés legítimo que debe ser protegido.

1.1.5 De una asociación profesional

Resolución 8/2017

PRIMERO: AAT dice que ostenta legitimación de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP, en tanto que interesada en el expediente de contratación. Afirma que se trata de una asociación que representa los intereses profesionales de empresas dedicadas al transporte por carretera. Además, añade que su legitimación viene amparada por lo dispuesto en el artículo 24.1 del Reglamente de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en lo sucesivo, RPERMC), aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Prosigue diciendo, que no existe contradicción entre la interposición del recurso y la presentación de ofertas al procedimiento de licitación por miembros de la asociación, puesto que es posible la impugnación de los pliegos directamente por quienes participan en el procedimiento, o indirectamente por medio de la asociación.

El poder adjudicador en su informe al recurso manifiesta que la AAT podría entenderse legitimada para la interposición del recurso por contar entre sus fines con la defensa de los intereses comunes de sus miembros, aunque duda del beneficio que pudiera derivarse de la hipotética estimación del recurso ya que sus postulados podrían beneficiar a algunos de sus miembros y perjudicar a otros, incluso a quienes no son sus miembros.

A tenor de la letra b) del artículo II de sus Estatutos, AAT tiene por finalidad «la tutela y defensa de los intereses económicos y profesionales comunes a sus miembros ante cualquier Organismo y Jurisdicción.», y en la letra f) añade que representa «a las empresas ante la Administración y ante cualquier organismo público o privado, local, provincial, autonómico nacional o internacional.»

La AAT recurre los pliegos del contrato y su reclamación versa sobre el plazo de presentación de ofertas, el criterio de valoración de las ofertas relacionado con los sistemas de retención infantil, la habilitación profesional en relación con la certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales, además de incongruencias en la información facilitada por el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT).

Como señala el recurrente, el artículo 24.1 del RPERMC prevé que «Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.»

AAT acredita en su recurso el efecto que tiene tanto el PCAP como el PPT en la esfera jurídica de la Asociación, ya que una eventual resolución del recurso es susceptible de repercutir en los intereses generales y particulares de sus asociados (Resolución 073/2015), por lo que este OARC / KEAO entiende que posee un interés legítimo que debe ser protegido.

1.1.6 De quien ha presentado oferta y luego recurre

Resolución 78/2012

PRIMERO: El Departamento en su informe de 9 de mayo de 2012 plantea, aunque no de manera expresa, una cuestión previa de legitimación del operador recurrente para la presentación del recurso, ya que en su opinión debe tenerse en cuenta «(…), también la condición de licitadora de la empresa recurrente y por tanto las consideraciones del artículo 145.1 del TRLCSP, principio general en la contratación pública como es la adhesión a las cláusulas de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas dentro de las prerrogativas de poder público. Deduciéndose, en este caso, de la actuación del recurrente que se encamina en contra de sus propios actos, siendo discriminatorio también para todas las empresas que habiendo tenido conocimiento de la licitación no han concurrido por carecer del requisito de clasificación empresarial exigido.».

La regla general es la participación en el procedimiento como requisito de legitimación para recurrir los actos administrativos en materia contractual (STS de 20 de julio de 2005). Esta regla admite matizaciones y la jurisprudencia reconoce interés legítimo para recurrir a quien habiendo impugnado la convocatoria después no ha participado en el procedimiento de adjudicación (STS de 5 de julio de 2005). En el caso que nos ocupa, se da la doble circunstancia de que quien recurre el contenido del PCAP participa también en el procedimiento, no existiendo contradicción ni actuación contra sus propios actos, pues en su pretensión el recurrente deja claro su interés directo cuando solicita que se « (…) entienda como suficiente la documentación presentada por esta empresa para optar a la adjudicación del concurso.»

Por tanto, queda acreditada en el expediente la legitimación de la empresa Spril Norte, S.A. y la representación del compareciente D. J. C. A. G. para la interposición del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo previsto en los artículos art. 42 y 44.4 a) del TRLCSP.

Resolución 106/2014

CUARTO: El poder adjudicador alega que el recurso no puede ser admitido porque el recurrente lo presentó el día 11 de septiembre de 2014 y, previamente, el 1 de septiembre de 2014, presentó oferta en el procedimiento de adjudicación, lo que supone una actuación contraria a sus propios actos, dado que la presentación de una proposición supone la aceptación incondicionada de las cláusulas o condiciones contractuales, sin salvedad o reserva alguna (artículo 145.1 TRLCSP), y cita la Resolución 134/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC); añade que sí hubiera sido admisible recurrir los pliegos antes de la presentación de la oferta, pero no cuando ya se tiene conocimiento de las ofertas y de lo que será el resultado del procedimiento.

El recurrente estima que el artículo 40.2 a) TRLCSP es suficiente fundamento para el recurso.

A juicio de este Órgano, este motivo de oposición que esgrime el Ayuntamiento no puede ser aceptado. En primer lugar, en la regulación del recurso especial contenida en el TRLCSP no hay ninguna norma de cuya literalidad pueda deducirse un motivo de inadmisión como el que señala el órgano de contratación; tratándose de una materia tan grave como la exclusión de un recurso que es correcto en lo que se refiere al plazo y la legitimación «ad causam», parece claro que el legislador, de haber querido introducir el motivo, lo hubiera hecho de una manera suficientemente expresiva. En segundo lugar, la aceptación incondicionada de los pliegos que supone la presentación de la oferta, establecida por el artículo 145.1 TRLCSP, implica, por un lado, que dicha oferta no puede contradecir los pliegos ni poner matizaciones o salvedades a su contenido, con la consecuencia de la exclusión si lo hace, y por otro, que el licitador no puede alegar válidamente, una vez iniciada la licitación o negociación, las irregularidades de los pliegos que no impugnó en tiempo y forma, de modo que quede garantizado el papel de éstos como reguladores del procedimiento de adjudicación y del contenido del contrato que en su día se perfeccione y ejecute. Sin embargo, deducir que el precepto pretende poner un obstáculo para impugnar los pliegos aunque se esté en periodo hábil para ello es una conclusión excesiva, pues supone atribuirle una función reguladora del procedimiento del recurso especial de la que carece, tanto por contenido como por ubicación sistemática. Consecuentemente, no es procedente la doctrina de los propios actos, ya que

no hay contradicción alguna entre el recurso y la participación en el procedimiento; de una parte, no tiene sentido que se aplique dicha doctrina cuando se plantea el recurso después de la oferta y no cuando el orden de presentación de ambos es el inverso; siguiendo el argumento del Ayuntamiento, también podría declararse inconsistente con las actuaciones anteriores un recurso que impugne un pliego y que posteriormente se presente una oferta que supone el acatamiento del mismo pliego, lo que conduciría a una situación absurda en la que sería incompatible recurrir y licitar. Finalmente, el recurso especial no es sino la incorporación a nuestro Ordenamiento de la legislación comunitaria, uno de cuyos principios es la necesidad de que el sistema de recursos en materia contractual garantice medios de impugnación rápidos y eficaces (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2003, asunto C-410/01); este principio podría verse vulnerado si la admisión del recurso se condiciona a que no exista una oferta previa.

Por todo ello, el recurso debe entenderse interpuesto en tiempo y forma.

1.1.7 De licitador que ha retirado su oferta

Resolución 124/2015

ÚNICO: En lo referente a la legitimación del recurrente, se observa que la oferta de GETXO IGERIKETA BOLUE fue declarada inicialmente incursa en sospecha de anormalidad o desproporción, por lo que se le concedió la oportunidad de que acreditara la viabilidad de su proposición (artículo 152.3 TRLCSP). En contestación a este requerimiento, respondió que « (…) ante la imposibilidad de ganar el lote indoor aun con la justificación de nuestra oferta, sirva el presente correo como renuncia de GETXO IGERIKETA BOLUE ELKARTEA a continuar en el proceso de adjudicación de dicho lote.» Posteriormente, se observó un error en la aplicación de uno de los criterios de adjudicación cuya corrección implicaba que era matemáticamente posible que el recurrente hubiera sido adjudicatario si hubiera conseguido probar la viabilidad de su oferta; por ello, solicita ahora la anulación de la adjudicación y la retroacción del procedimiento hasta el momento en que se le requirió la justificación de la viabilidad de su oferta, concediéndosele un nuevo plazo para dicha justificación. Según el recurso, éste fue precisamente el criterio empleado ante un caso similar en el lote 1 del mismo expediente –objeto a su vez del recurso EB 2015/117–. Por su parte, SPORT STUDIO considera que el recurrente carece de legitimación por interponerlo una empresa que no es ya parte de la licitación. Contrariamente, el poder adjudicador considera que GETXO IGERIKETA no dispuso de plazo suficiente para presentar una justificación detallada, por lo que debería anularse la notificación practicada y concederle un nuevo plazo de diez días hábiles para presentar la justificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

A juicio de este OARC / KEAO, la literalidad de la respuesta a la solicitud de aclaración de la baja anormal es tan clara que no hay posibilidad alguna de que el poder adjudicador sacara de ella una conclusión jurídica distinta que la que correctamente formuló: la exclusión de la empresa del procedimiento y, más en concreto, del listado de ofertas clasificadas con base en la puntuación atribuida aplicando los criterios de adjudicación (artículo 151.1 TRLCSP).

Tanto si se considera que la expulsión se produce en razón de una retirada voluntaria de la oferta, o por no haberse desmentido la sospecha inicial de temeridad, el resultado es el mismo: la empresa no puede continuar en el procedimiento y por ello, carece de legitimación para interponer el recurso especial, pues no tiene expectativa alguna sobre el resultado de la adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2014 del OARC / KEAO); tampoco solicita la cancelación de la licitación, lo que podría tener como consecuencia el inicio de un nuevo procedimiento en el que tendría la oportunidad de participar (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO). No obsta a esta conclusión que la decisión se tomara, según se deduce del escrito de renuncia, porque no había posibilidad matemática de ser adjudicatario, lo que luego se desmintió cuando se corrigió la puntuación derivada de uno de los criterios de adjudicación. Incluso dando validez a esa declaración de parte interesada, lo cierto es que en ningún caso permitiría reservarse el derecho a volver a la licitación, pues el poder adjudicador no tiene por qué tener en cuenta, a estos efectos, las particulares motivaciones de las empresas para tomar estas decisiones, sino solo sus efectos, que en este caso son claros e irrevocables por elementales razones de seguridad jurídica y aplicación de la doctrina de que nadie puede actuar válidamente contra sus propios actos. Esta doctrina impide actuar contra actuaciones propias «que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inexorablemente las situaciones jurídicas de sus autores» (ver, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 30/3/1999 y las que en ella se citan).

1.1.8 De licitador excluido mientras su exclusión no sea firme

Resolución 137/2017

SEGUNDO: La UTE SERBITZU-FCC plantea la inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente que fue excluido de la licitación por la Resolución 81/2017 de este OARC/KEAO. Considera que, con independencia de que los argumentos utilizados en este segundo recurso sean similares a los ventilados en el primero, la posible nueva licitación, como mera posibilidad que es, podrá generar una expectativa en el licitador excluido pero no un derecho o interés legítimo real y tangible a efectos de reconocer legitimación activa. Ello no ocasiona la indefensión del recurrente, que tiene la posibilidad de defender la protección de sus derechos en el recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto contra la Resolución 81/2017 del OARC/KEAO, sin que conste que en el recurso jurisdiccional haya solicitado medida cautelar de suspensión de su «exclusión».

El concepto de interés legítimo ha sido tratado por este OARC / KEAO en diversas resoluciones (por todas la Resolución 082/2016), y puede resumirse en que:

> (…) el acto impugnado debe repercutir directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la esfera jurídica del recurrente, que debe acreditar la titularidad de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, de forma que el «interés legítimo» no puede ser asimilado al del «interés en la legalidad», lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico lo permite.

Sobre la legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato por quien ha sido previamente excluido de la licitación, en la Resolución 082/2016 se decía que el recurrente:

> impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la adjudicación del contrato.» En este mismo sentido, en la Resolución 97/2013 se afirmaba que «(…) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

De acuerdo con la doctrina expuesta, CESPA estaría legitimada para interponer el recurso ya que su hipotética estimación implicaría la exclusión de la UTE SERBITZU-FCC, adjudicatario impugnado y única oferta que permanece en la licitación, de modo que siendo el objeto del contrato la prestación de un servicio continuado imprescindible y habitualmente externalizado, el poder adjudicador se vería obligado a declarar desierto el contrato e iniciar un nuevo procedimiento, en el que CESPA podría participar con la expectativa de su posible adjudicación, obteniendo un beneficio tangible. Esta doctrina ha sido confirmada por la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2013 (Asunto C-100/12, Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448) que señala en su apartado 33 que «el recurso incidental del adjudicatario no puede llevar a descartar el recurso de un licitador en el supuesto de que la regularidad de la oferta de cada uno de los operadores sea cuestionada en el marco del mismo procedimiento y por motivos de naturaleza idéntica. En efecto, en dicha situación, cada uno de los competidores puede alegar un interés legítimo equivalente a la exclusión de la oferta de los otros, lo que puede llevar a la constatación de la imposibilidad para la entidad adjudicadora de proceder a la selección de una oferta adecuada.» Consecuentemente, el TJUE establece que «la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, si en el marco de un procedimiento de recurso el adjudicatario que obtuvo el contrato y que ha interpuesto un recurso incidental plantea una excepción de inadmisibilidad basada en la falta de legitimación del licitador que interpuso aquel recurso debido a que la oferta presentada por éste debería haber sido rechazada por la entidad adjudicadora por no ajustarse a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, la citada disposición se opone a que se declare la inadmisibilidad de dicho recurso como consecuencia del examen previo de esa excepción de inadmisibilidad sin pronunciarse acerca de si cumplen las especificaciones técnicas tanto la oferta del adjudicatario que obtuvo el contrato como la del licitador que interpuso el recurso principal.» Por ello, se puede afirmar que el interés legítimo del licitador que no ha sido excluido con carácter firme se basa en la expectativa de declarar desierto el contrato y en poder acceder al nuevo procedimiento de contratación con la posibilidad de obtenerlo. De esta forma, tendría una segunda oportunidad para competir y una posibilidad de obtenerlo a través de esta vía. En este sentido, el OARC/KEAO, en su Resolución 2/2017 ha venido a señalar que se acepta la legitimación para impugnar la adjudicación del licitador que haya sido previamente excluido del procedimiento cuando de la estimación del recurso se derive la cancelación de la licitación o la declaración de desierto, de modo que sea previsible una nueva licitación a la que puede presentar una oferta, por considerar que esta posibilidad de

volver a licitar es una mejora clara respecto a su situación de excluido, y se constituye en el interés tangible que caracteriza a la legitimación.

Por otro lado, es relevante que la exclusión del recurrente del procedimiento de adjudicación no ha adquirido firmeza. Es cierto que el TJUE declaró en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C−355/15, EU:C:2016:988, apartados 13 a 16, 31 y 36), que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, en el referido asunto, la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido firmeza antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso especial garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada (ver, en especial, los apartados 34 a 36 de la sentencia citada).

En el caso analizado consta que el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 81/2017 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que el acuerdo de exclusión no ha ganado aún firmeza. En esta circunstancia el recurrente goza de legitimación para recurrir y siendo el elemento relevante el que la exclusión no es firme, es indiferente que en fase judicial se haya solicitado la adopción de medidas cautelares.

1.1.9 De licitador que reclama un número de puntos no suficiente para ser adjudicatario

Resolución 85/2015

ÚNICO: Consta la representación de Don J.M. A.C. que actúa en nombre del recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, se observa que la diferencia de puntuación entre la adjudicataria y la recurrente tras la aplicación de los criterios de adjudicación asciende a 12,86 puntos (97,61 frente a 84,75). Se alega que la oferta de ORONA ha sido injustamente valorada pero, a la vista de la documentación aportada, las discrepancias del recurso con la valoración delos criterios de adjudicación se reducen a las puntuaciones otorgadas en los apartados «Medios humanos y dedicación» –13 puntos de la adjudicataria, el máximo, frente a 11 de ORONA– e «Instalaciones y medios auxiliares» –1 punto de la adjudicataria frente a 0,75 de ORONA–, es decir, una diferencia de 2,25 puntos. De ello se deduce que ni reconociendo en grado máximo el trato injusto que se reprocha a la Administración se alteraría la clasificación de las ofertas y el adjudicatario seguiría siendo el mismo.

Dado que ningún beneficio tangible se puede derivar de una hipotética resolución estimatoria del recurso, no existe el interés legítimo al que se refiere el artículo 42 TRLCSP y el recurso debe inadmitirse por falta de legitimación activa. No obstante, la impugnación está argumentada, por lo que no procede imponer la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP por temeridad o mala fe, como solicita THYSSENKRUPP.

1.1.10 De licitador que impugna la adjudicación de lotes a los que no concurre

Resolución 143/2015

Se debe concluir, en primer lugar, que la ventaja que el recurrente puede obtener mediante una hipotética anulación del acto de adjudicación se ciñe únicamente a los lotes en los que ha concurrido, porque cualquier decisión que pudiera afectar al resto de lotes no le causaría ni perjuicio ni beneficio en esos lotes porque ha elegido no participar en ellos. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que no impugna únicamente la puntuación otorgada en el informe de valoración, sino también otras cuestiones como son la atribución de capacidad productiva que el poder adjudicador reconoció a los licitadores en la fase de selección, la admisión de determinadas empresas que no ajustaron la forma de presentación de las ofertas al contenido de los pliegos y la inadmisión de otras empresas por no haber presentado la documentación material exigida en el sobre «A», circunstancias que podrían, de ser estimadas, provocar la exclusión de los licitadores impugnados, en cuyo caso la posición de GASTRONOMÍA VASCA en el orden de valoración podría verse alterada pasando al primer lugar en el orden, pero una decisión en este sentido afectaría únicamente a los lotes en los que licitó. En coherencia con lo expuesto, no se examinarán las pretensiones contenidas en el Fundamento Jurídico 4º, referente a los lotes 13 y 17, y en el Fundamento Jurídico 5º sobre los lotes 9 y 18.

1.1.11 De licitador excluido contra la adjudicación si puede suponer la convocatoria de una nueva licitación

Resolución 20/2015

GARBIALDI fue excluida del proceso de licitación en la Resolución 117/2014 del OARC / KEAO, que anulaba la adjudicación y ordenaba la realización de una nueva a favor de la siguiente oferta económicamente más ventajosa en el orden de clasificación, por lo que según la doctrina que invoca UNI2 en sus alegaciones carecería de legitimación porque al estar excluida nunca podrá obtener el beneficio de la adjudicación del contrato. Sin embargo, GARBIALDI en su recurso impugna la totalidad de las ofertas aceptadas en la licitación por no cumplir alguna o varias de las frecuencias previstas en el PCT. Por tanto, debe observarse que el recurrente sí podría obtener un beneficio no hipotético sino real si se estimara el recurso en la totalidad de sus pretensiones, de modo que el poder adjudicador se vería obligado a convocar una nueva licitación en la que podría participar y aspirar a la

adjudicación del contrato. Este Órgano tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su Resolución 97/2013, donde se afirmaba que «(…) el recurrente goza de un interés legítimo en cuanto que podría obtener un beneficio real, no hipotético, de la anulación de la adjudicación, como puede ser el que ésta sea declarada desierta y la posibilidad de que se vuelva a iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.»

No puede admitirse la alegación de UNI2 sobre la remota posibilidad de que se acepte la concurrencia de causas de exclusión de siete empresas; esta circunstancia únicamente puede dilucidarse comparando las causas de impugnación y las ofertas impugnadas con el contenido de los pliegos. Tampoco puede tomarse en consideración el hecho de que GARBIALDI no haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 117/2014, puesto que se trata de una vía impugnatoria diferente a la del recurso especial contra la nueva adjudicación del contrato, de forma que la renuncia a la primera no impide la segunda.

1.1.12 De quien no presenta una oferta

Resolución 133/2014

Este Órgano Resolutorio ha tenido ocasión de examinar en otras ocasiones la legitimación de quien impugna los pliegos aunque posteriormente no participe en el procedimiento de licitación. Así, en la Resolución 78/2012 se afirmaba que «La regla general es la participación en el procedimiento como requisito de legitimación para recurrir los actos administrativos en materia contractual (STS de 20 de julio de 2005). Esta regla admite matizaciones y la jurisprudencia reconoce interés legítimo para recurrir a quien habiendo impugnado la convocatoria después no ha participado en el procedimiento de adjudicación (STS de 5 de julio de 2005).» Mientras que en Resolución 87/2014 se dice que «No se puede, en consecuencia, alegar falta de legitimación, por carecer de la solvencia precisa, de quien no ha presentado oferta pero tiene un interés claro en la impugnación de los pliegos del contrato ante la opción de obtener un beneficio con su anulación.»

AUZO LAGUN invoca en su apoyo la Resolución 134/2013 del TACRC. La situación analizada en esta Resolución es la legitimación de quien habiendo impugnado los pliegos posteriormente se presenta a la licitación. Considera el Tribunal, con quien estamos de acuerdo, que en esta situación es legítimo participar en el proceso selectivo ya que «(…) De admitir otra cosa estaríamos limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquéllos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley. (…).» Debe resaltarse que no hay identidad fáctica entre el supuesto analizado por el TACRC y el que se examina en el presente recurso. AIBAK expresamente reconoce que carece de la solvencia técnica y profesional exigida, que le parece desproporcionada, y por ello mismo recurre el contenido de los pliegos en lo relacionado con esa exigencia. Pretender que el recurrente impugne primero los pliegos y que posteriormente se presente al proceso selectivo, aun sabiendo que su proposición no será aceptada, para luego volver a recurrir su exclusión, acumulando esta acción a la inicial

frente a los pliegos, conlleva la imposición de un esfuerzo baldío, cuando la pretensión es desde un primer momento clara: impugnar unos pliegos con unos requisitos de solvencia que considera desproporcionados puesto que impiden su concurrencia a la licitación, de donde no cabe dudar que AIBAK obtiene un claro beneficio si se estima su pretensión.

Finalmente, no puede aceptarse el argumento de AUZO LAGUN de que la admisión del recurso abre un nuevo plazo de presentación para la recurrente, de modo que estaría disfrutando de un período de tiempo mucho más amplio que el resto de candidatas para preparar y presentar su proposición, discriminando al resto de participantes. De estimarse el recurso la consecuencia no puede ser otra que la anulación de la licitación y la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de unos nuevos pliegos y un nuevo procedimiento de licitación.

Por tanto, queda acreditada la legitimación de AIBAK como interesado en la adjudicación del contrato.

1.1.13 De un componente de la UTE si no consta la oposición de los demás

Resolución 91/2017

SEGUNDO: Los recurrentes están legitimados para la interposición de los recursos, por tratarse de licitadores excluidos del procedimiento.

En cuanto a la representación, constan la de don C. L.F. y don J.J. G.T. que actúa en nombre de ENVISER SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. y FORESTALES MUGARRI, S.L., respectivamente.

En el caso de la UTE GMSM, el recurso está firmado únicamente por Don A. G.U. que acredita el poder para representar al GMSM y el compromiso de las tres entidades de que en caso de adjudicación del contrato será el representante único de la UTE con poderes bastantes. El artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, prevé en el caso de que varias empresas concurran bajo el compromiso de constituir una unión temporal, que cualquiera de ellas pueda interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y que si cualquiera de los firmantes del compromiso no desea interponer el recurso podrá ponerlo en conocimiento del órgano resolutorio en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. A este respecto, en su Resolución 052/2012 este OARC / KEAO ya manifestó que « (…) no consta en el expediente ni en el informe emitido con motivo de la interposición del recurso, que los otros dos componentes de la UTE se hayan opuesto expresamente a la interposición del mismo. Por tanto no hay motivo alguno para negar legitimación a quienes interponen el recurso puesto que en el caso de una resolución favorable a sus intereses aprovecharía a la totalidad de los componentes

de la UTE. Mientras que una resolución adversa no produciría perjuicio alguno para sus intereses.» No constando la oposición del resto de empresas que conforman la futura UTE, debe admitirse su representación para la interposición del recurso.

1.1.14 De concejales. Legitimación «ex lege», diferente a la acción pública

Resolución 62/2015

Conforme a la STC 173/2004, el título legitimador de los concejales que han mostrado su disconformidad al acto recurrido es diferente a la acción pública, por lo que no puede basarse únicamente en la mera defensa de la legalidad y, por otro lado, el interés en controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento es un medio para conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, por lo que habrá que analizar estos aspectos para concluir si los recurrentes en el recurso que han presentado gozan de legitimación.

En el recurso ahora analizado, los recurrentes se limitan a relacionar una serie de defectos en la tramitación del expediente –el PCAP no está informado por la Secretaria, se ha omitido el trámite del nombramiento de los miembros de la mesa de contratación, falta el informe de conformidad a la documentación presentada por la empresa que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa y que el órgano de contratación ha adjudicado el contrato una vez transcurrido el plazo de cinco días establecido en el TRLCSP– y en lo que respecta a las cuestiones de fondo –no inclusión en el PCAP de la prestación P5 «inversiones en ahorro en energético y energías renovables» que figura en el modelo de PCAP para la prestación del suministro de energía y gestión energética en edificios públicos y falta de motivación del informe de valoración de las ofertas así como falta de competencia técnica de quien lo ha emitido–. A de señalarse que se alega su concurrencia pero no se observa ni un somero intento de justificar en qué medida éstas afectan negativamente a las necesidades de los vecinos a los que representan. Así, se alega la omisión de la prestación P5 basada en un incumplimiento de una recomendación de la JCCA, que no es obligatoria, y sobre la base de la cita de un artículo que no es de aplicación y contiene afirmaciones que no se hallan ni argumentadas ni fundadas, como la de que se ha eliminado la prestación P5 porque estas inversiones las está realizando el Ayuntamiento de Muskiz, omisión, por otra parte, no solo lógica sino obligatoria para el órgano de contratación, pues es contrario a una gestión eficiente del gasto público el que se dupliquen innecesariamente las inversiones.

En lo que en lo que respecta a la supuesta falta de motivación del informe, el recurso pone de manifiesto que únicamente figura una puntuación global, sin embargo, en el expediente remitido por el Ayuntamiento consta un informe de valoración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor (doc. 26) y, además, este documento se halla publicado en el perfil del contratante, por lo que una actuación diligente de los recurrentes, consistente en la solicitud del informe o la consulta al perfil del contratante, hubiera resuelto la controversia.

Finalmente, en lo concerniente a la falta de competencia del redactor del informe de valoración (resulta curioso que no se haya tenido acceso al informe pero se afirme quien es

su autor y firmante), los recurrentes no realizan ningún reproche concreto a la razonabilidad de las conclusiones del mismo, ni intentan argumentar mínimamente en qué ha afectado dicho informe a la adjudicación del contrato, teniendo en cuenta que ésta ha pivotado sobre los criterios evaluables mediante fórmulas donde la empresa GIROA tiene 10,63 puntos más que la empresa que ha efectuado la segunda oferta más económica.

En resumen, se puede afirmar que el recurso se basa en una relación de defectos formales del expediente que persigue un interés de defensa de la legalidad y en lo que respecta a los asuntos de fondo denunciados no se ha argumentado en qué perjudica el acto recurrido los intereses de la comunidad vecinal, sin que todo ello sea un título legitimador suficiente para interponer el recurso especial en materia de contratación.

1.1.15 De concejales que no votaron la decisión recurrida

Resolución 133/2015

El Ayuntamiento de Beasain niega la legitimación de los dos concejales. La razón es que uno de ellos es miembro de la Comisión informativa de urbanismo y cuando se debatió en ella el pliego ahora recurrido no puso objeciones a los criterios de adjudicación que son objeto de su recurso especial, y la otra no forma parte de dicha comisión, pero se entiende que mantiene la misma línea de actuación que el grupo al que pertenece y que un compañero de grupo la representa.

El pliego fue aprobado por la Junta de Gobierno, órgano del que los concejales recurrentes no son miembros. De acuerdo con el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, aplicable también al recurso especial, la legitimación corresponde a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. Debe entenderse que ello no implica falta de legitimación de los concejales que no han participado en la adopción del acto o acuerdo impugnado y que no han podido mostrar su disconformidad al mismo, como establecen las sentencias 173/2004, de 18 de octubre, 8/2006, de 3 de abril y 210/2009, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional, pues «no tiene sentido admitir la legitimación de un miembro de la Corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad» (en este sentido se expresa la Resolución 62/2015 del OARC / KEAO).

Por lo que se refiere a la Comisión informativa, y sin entrar a analizar si la inexistencia de un voto contrario en un órgano colegiado sin funciones ejecutivas hubiera o no invalidado la legitimación, lo cierto es que el acta de 14 de septiembre de 2015 señala literalmente que «la propuesta no se vota», por lo que es plenamente aplicable la doctrina citada en el párrafo anterior. Además, el reproche de falta de legitimación en ningún caso podría alcanzar a la concejala que no es miembro de la Comisión por mucho que su grupo sí esté representado en ella, pues la legitimación y, en su caso, la carga de votar en contra para obtenerla, es de cada una de las personas que ocupan el cargo de concejal y no de los grupos municipales.

Por todo ello, debe considerarse que los dos concejales recurrentes tienen legitimación suficiente, habida cuenta de que el objeto del recurso y su potencial estimación están claramente ligados a su ámbito de actuación y al interés municipal.

1.1.16 De concejal aunque no del grupo municipal

Resolución 62/2015

El artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) establece que «junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: (…) b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.»

De la mera lectura de esta norma se concluye que se otorga legitimación de forma expresa a los concejales por lo que se plantea la duda de si ésta se extiende al grupo municipal.

En la STS de 30 de junio de 2008 (Roj 3688/2008), se señala que el Grupo Municipal carece de legitimación en el proceso contencioso-administrativo pero que, no se puede negar, que los Concejales de la Corporación Local disponen de legitimación y que el principio «pro actione» y el derecho a la tutela judicial efectiva permite la subsanación de todas aquellas situaciones que puedan conducir a una declaración de inadmisibilidad del recurso. En el presente caso, las bases impugnadas son recurridas por una Concejal del Ayuntamiento de Bilbao, a la que sus tres compañeros de Grupo Municipal han conferido poder para interponer el recurso especial, por lo que, en aplicación del principio antiformalista que rige el procedimiento administrativo (expresión del art 3 LRJPAC), norma a la que se debe acomodar el procedimiento de recurso especial en (art. 46.1 TRLCSP), se ha de considerar que el recurso ha sido interpuesto por cuatro concejales del Ayuntamiento de Bilbao.

1.1.17 De concejal miembro del consejo de administración de una sociedad pública municipal

Resolución 101/2016

En cuanto a la legitimación de los concejales, el informe del poder adjudicador lo niega por entender que el artículo 63.1 b) de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), invocado por los concejales, no se extiende a la impugnación de otras entidades distintas del municipio como AK, que tienen personalidad jurídica propia a todos los efectos y que, además, se rigen por el ordenamiento privado. La postura de los concejales parte del hecho de que, por mucho que se presente como concesionario del Estadio de Anoeta, AK no es sino una empresa instrumental que gestiona un servicio público municipal por encomienda del Ayuntamiento. A partir de esta premisa, alegan que el artículo 63.1 b) de la LBRL reconoce la legitimación de un concejal para impugnar un acuerdo tomado por el órgano en el que forma parte y que D. LOÏC ALEJANDRO es miembro del Consejo de Administración de AK;

estiman que la legitimación se extiende al resto de los concejales, aunque no formen parte del órgano que ha adoptado la decisión, en virtud del interés que tienen en el correcto funcionamiento de las instituciones municipales que representan, siendo el único requisito que el concejal que haya participado en la votación del acto recurrido haya votado en su contra, como así efectivamente hizo D. LOÏC ALEJANDRO. Ambas partes alegan en su favor diversa jurisprudencia constitucional y de órganos jurisdiccionales, así como doctrina de los tribunales de recursos contractuales.

El artículo 63.1.b) de la LBRL, alegado por los concejales como base de su legitimación, dispone que «Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico (…) b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.» En su sentencia 173/2004, el Tribunal Constitucional viene a reconocer que, al lado de la legitimación general para poder acceder al recurso contencioso-administrativo con arreglo al art. 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, existe una legitimación que se refiere a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para, en virtud del mandato representativo recibido de sus electores, poder impugnar los actos de éstas que contravengan el Ordenamiento jurídico; no se trata de una legitimación basada en la mera defensa de la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular y para controlar el correcto funcionamiento de la corporación. Esta otra fuente de legitimación, independiente de la legitimación general, encaja en una interpretación conjunta de los arts. 20.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 63.1 .b) de la Ley de Bases de Régimen Local. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), en la sentencia de 12 de febrero de 2009 considera que «Para el Tribunal Constitucional esa legitimación distinta de la derivada del «interés legítimo» que caracteriza la legitimación general --la del art. 19.1.a) LJCA --, que responde al interés del miembro disidente en el correcto funcionamiento de la corporación local a la que pertenece, «ha de presuponer lógicamente el «prius» de la legitimación del Concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias al Ordenamiento»; «por consiguiente, el art. 63.1.b) LBRL parte, por elemental lógica, de un principio de legitimación de los representantes populares de las corporaciones locales. Así que el Concejal o representante popular, por su condición de miembro de la Corporación, para la que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), «está legitimado para impugnar la actuación de la Corporación Local a la que pertenece por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha Corporación en virtud de su mandato representativo (a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación)».» Con base en esta doctrina, este OARC / KEAO ha aceptado la legitimación activa de los concejales para la interposición del recurso especial en materia de contratación pública previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP contra actos de las Entidades Locales, incluso aunque se tratara de actos emitidos por órganos colegiados de los que no forman parte (ver, por ejemplo, las Resoluciones 62 y 133/2015).

Llegados a este punto, se plantea la cuestión de si la legitimación basada en el artículo 63.1.b) de la LBRL para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales puede extenderse a los adoptados por personas jurídicas del sector público local distintas de dichas Entidades

locales, como es el caso de las sociedades públicas municipales, que no están reconocidas como tales ni en el artículo 3 de la LBRL ni en el artículo 2.1 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (en adelante, LILE). A juicio de este OARC / KEAO, la respuesta debe ser afirmativa por las razones que a continuación se expresan.

En primer lugar, como bien apunta el recurso, el hecho de que el contrato vaya a tramitarse y celebrarse por AK y no por un órgano administrativo inserto en la estructura orgánica del Municipio se debe únicamente a que el Ayuntamiento ha optado, por motivos de oportunidad, por gestionar un servicio público del que es titular mediante una sociedad mercantil en mano pública; esta relación de instrumentalidad es tan estrecha que los artículos 85.2 de la LBRL y 94.2 de la LILE consideran esta fórmula como una variante de la gestión directa de un servicio, como lo es también la gestión por la propia Entidad Local. Dicha sociedad no tiene, a pesar de su forma de personificación privada, más objeto social ni más interés propio que el mismo interés general cuya defensa está atribuida al Municipio y cuya plasmación se pretende mediante el contrato debatido. Si, como se ha señalado, la finalidad última del artículo 63.1 b) de la LBRL es posibilitar que los cargos electos por sufragio popular controlen el correcto funcionamiento de las Entidades Locales de cuyos órganos de gobierno forman parte, ejerciendo así el mandato político del que son depositarios, no es aceptable que la legitimación que dicho precepto les otorga se limite cuando la actuación municipal se encauza mediante personas jurídicas de forma privada meramente instrumentales, pues también en este último caso se ponen en juego cuestiones esenciales para la vida municipal, como son las alegadas en el recurso (justificación de la necesidad del contrato, suficiencia de la financiación, etc.). Dado que la posibilidad de gestionar servicios locales con entes instrumentales es amplia, esta interpretación podría vaciar de contenido el artículo 63.1 b) LBRL para grandes sectores de la actividad contractual local, lo que sería especialmente grave cuando se trata, como en este caso, de actos sujetos, en última instancia, al orden jurisdiccional contencioso administrativo a pesar de dictarse por una persona jurídica de derecho privado. Esta argumentación es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009 (recurso 447/2002); aunque su tema central es la denegación a un concejal del acceso al expediente de una operación urbanística tramitada por una sociedad municipal, sus razonamientos son aplicables al caso porque el núcleo del debate es si el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 de la Constitución, al que en definitiva obedece el artículo 63.1 b) LBRL, puede ser limitado cuando la Entidad Local actúa por medio de un ente instrumental. La sentencia establece que una sociedad mercantil de capital íntegramente público, como es el caso de AK, « (…) no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la Corporación Local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta General, integrada por el alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados.» La sentencia concluye que, con esta premisa, los motivos de casación, que sostienen la legalidad de la denegación de acceso deben rechazarse, pues «no pretenden otra cosa que rechazar con argumentos formales una actuación que quiere negar la realidad de las cosas y justificar la sustracción al control que ejercen los concejales de parte importante de la gestión municipal.» Asimismo, se afirma que «(…) el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos

públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos de la misma y a lo que implica de control democrático (…)». Finalmente, la sentencia recuerda que la distinta personalidad jurídica no separa a las sociedades públicas del sector público local, ni elimina su carácter instrumental.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que uno de los concejales recurrentes (D. LOÏC ALEJANDRO) es miembro del Consejo de Administración de AK. El artículo 251 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC), que a su vez se remite al artículo 204 de la misma norma, reconoce la legitimidad de los administradores para impugnar los acuerdos del Consejo de Administración o de otros órganos colegiados de administración cuando, entre otros supuestos, sean contrarios a la Ley. No tiene sentido entender que el administrador de una empresa que responda únicamente al interés privado pueda impugnar los acuerdos ilegales del Consejo del que es parte y en cambio el administrador de una empresa pública, designado por la Administración titular del capital social en razón de su representación política, no pueda utilizar la vía del recurso especial en defensa del interés general, prevista por el legislador para procurar la aplicación efectiva de la normativa de contratación pública y cuyo ámbito incluye actos de las sociedades públicas como el ahora recurrido.

Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite.

1.1.18 Carece de ella el poder adjudicador

Resolución 29/2012

El Ayuntamiento de Tolosa añade que en el caso de considerar que el contrato es armonizado se debería declarar la nulidad del procedimiento por falta de publicidad comunitaria.

Como ha quedado expuesto, el contrato es un servicio de los denominados «servicios sociales y otros servicios específicos» del artículo 74 de la Directiva 2014/24/UE y para estos servicios el artículo 75 establece la obligatoriedad de publicación de los anuncios para la adjudicación de un contrato cuando superen el umbral de 750.000,00 €; ambos artículos y el Anexo XIV de la Directiva tienen efecto directo por ser claros, precisos e incondicionados. El contrato objeto de recurso pertenece al Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE (categoría 26 del Anexo II del TRLCSP), tiene un valor estimado de 222.148,76 € y está exento de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea porque tal obligación alcanza a los poderes adjudicadores únicamente cuando se trata de contratos de «servicios sociales y otros servicios específicos» de un umbral superior a 750.000,00 €, cuantía donde sí puede invocarse el efecto directo del artículo 75 de la Directiva 2014/24/UE. Para umbrales inferiores, el artículo 142.1 del TRLCSP no exige la publicación en DOUE y considera suficiente con la publicación, según los casos, en el Boletín Oficial del Estado o en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Por otra parte, se debe señalar que el Ayuntamiento carece de legitimación para instar el supuesto especial de nulidad al faltar el daño o perjuicio que exige el artículo 39.2 del TRLCSP, y en caso de persistir en su intención de declarar la nulidad de contrato debería de tramitarse a través del procedimiento de revisión de oficio del artículo 34 del TRLCSP.

En conclusión, no cabe atender la reclamación del Ayuntamiento de que se declare la nulidad del procedimiento por falta de publicidad comunitaria.

1.2 PLAZO, FORMA Y LUGAR DE INTERPOSICIÓN.

1.2.1 Anuncio de interposición

Resolución 29/2012

Debe añadirse, también, que según el artículo 314.2 LCSP la mera presentación de anuncio de interposición del recurso no produce el efecto de interrumpir el plazo de caducidad para su interposición.

1.2.2 Inicio del plazo de interposición del recurso contra la adjudicación

Resolución 104/2013

TERCERO: El artículo 44.2 del TRLCSP, acerca del plazo de presentación del recurso especial, señala que: «2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. »

Según la redacción del citado artículo 44 del TRLCSP, las especialidades del recurso en materia de contratación respecto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común son, fundamentalmente, el cómputo del día inicial del plazo para la interposición del recurso y que no se admiten las formas de presentación previstas en ella.

El señalado artículo 44 del TRLCSP establece expresamente que el plazo de quince días hábiles será contado a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, y que la presentación ha de hacerse necesariamente ante el órgano de contratación o ante el órgano competente para la resolución del recurso.

El uso del término «remisión» que utiliza el mencionado artículo es la traslación a la legislación nacional de una de las posibilidades previstas en la Directiva 2007/66/CE, que modifica las

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. El criterio de la remisión de la notificación aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la citada Directiva. La razón de esta especialidad es la necesidad de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos.

Se ha de señalar que ésta es la doctrina consolidada por todos los tribunales administrativos de contratación pública. Así, (por todas ellas) la Resolución 143/2013, de 10 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala textualmente: «Como hemos destacado en resoluciones anteriores (Resolución 100/2012, de 23 de abril, entre otras), el plazo para interponer recurso se inicia con la remisión de la notificación, no con su recepción, con objeto «de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos. »

Por lo que aquí interesa, según consta en el expediente trasladado a este OARC/KEAO, la notificación del acuerdo de adjudicación al operador económico recurrente causa asiento (número 5052) en el Registro de Salida del poder adjudicador el 28 de junio de 2013, fecha en la que, asimismo, es depositada la carta certificada con acuse de recibo con destino al operador económico recurrente en las dependencias del operador postal según documento que obra en el expediente, por lo que el cómputo del plazo comenzó el día siguiente hábil, esto es, el 29 de junio de 2013.

Resolución 126/2014

QUINTO: El poder adjudicador alega que el recurso no puede ser admitido por haberse interpuesto fuera del plazo establecido. Esta alegación debe ser aceptada. El artículo 44.2 TRLCSP establece, cuando el acto recurrido sea la adjudicación, un plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP, precepto que la adjudicación impugnada cumple, así como también satisface el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en cuanto a los requisitos de las notificaciones administrativas.

Según consta en el expediente, la fecha de salida que figura en el sello del Registro General del Ayuntamiento es el 27 de octubre de 2014. Sin embargo, este Órgano entiende que la remisión que marca el inicio del cómputo solo se produce cuando la documentación ha iniciado su traslado efectivo hacia el destinatario; de otro modo, el plazo de interposición del recurso quedaría íntegramente en manos del poder adjudicador, que tendría en su mano, por un lado, iniciar el plazo dando de alta en el registro de salida el acto impugnable y por otro, demorar su entrega real retrasando las actuaciones necesarias para su envío efectivo, con el consiguiente perjuicio para el interesado, que vería así mermado el tiempo del que dispone para preparar el recurso. Por ello, la interpretación más consecuente con el efecto

útil del recurso es considerar que la remisión se efectuó el 30 de octubre de 2014, fecha en la que, según el expediente, la documentación se encontraba ya en poder del operador postal que iba a ejecutar su proceso de entrega (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2010, asunto 406/08, apartados 25 y siguientes). Dado que la entrada del recurso en el Registro del OARC / KEAO se produjo el 19 de noviembre de 2014, su interposición es extemporánea (el último día del plazo fue el 18 de noviembre de 2014) y debe inadmitirse.

1.2.3 Inicio del plazo de interposición del recurso cuando los pliegos deban publicarse en el DOUE

Resolución 8/2017

CUARTO: Sobre el plazo para la interposición del recurso, el informe del poder adjudicador indica que según la doctrina de este OARC / KEAO su cómputo comienza al día siguiente de la finalización del plazo de presentación de proposiciones, y que la interposición del recurso con dos días de antelación a dicho cómputo debe considerarse a los efectos de su inadmisión o subsidiariamente de la desvirtuación de algunos argumentos que esgrime como la limitación de la concurrencia.

Es cierto, como dice el poder adjudicador en su informe, que este Órgano en diversas resoluciones (por todas la 123/2014) sostuvo que cuando no consta en el expediente que los pliegos se remitieran de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el primer día hábil siguiente a la fecha de finalización de la presentación de proposiciones. Sin embargo, ello no impide, como parece presuponer el informe, que el recurso se pueda interponer durante el plazo de presentación de proposiciones; lo que se pretendía con esta doctrina es que ante la incertidumbre de la fecha en que el licitador pudo acceder a los pliegos, en aras del principio «pro actione», se entendía que el plazo de interposición no empezaba a correr hasta el día siguiente al de vencimiento de presentación de ofertas, fecha en la ya que no podía alegarse el desconocimiento de los pliegos.

No obstante, esta doctrina debe observarse hoy por hoy a la luz del artículo 19 del RPERMC, que para el caso de anuncios de licitación prevé que el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a su publicación en el DOUE, si la ley exige este medio; y si lo recurrido son los pliegos a partir del siguiente en que se haya publicado de forma legal la convocatoria de la licitación, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la plataforma de contratación de sector público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.

El contrato es un servicio cuyo código CPV principal es: 60130000 (Servicios de transporte), con un valor estimado de 10.070.613,00 €, cuya publicación obligatoria de la licitación en el DOUE tuvo lugar el 21 de noviembre de 2016 (anuncio 206/S 225-410023); consta en su punto «1.3) Comunicación» del anuncio que los pliegos están a disposición de los licitadores en: http://www.contratacion.euskadi.eus/w32-home/es, por lo que la interposición del recurso

el día 12 de diciembre de 2016 tuvo lugar dentro del plazo de 15 días hábiles (artículo 30.2 de la Ley 39/2015) que fija el artículo 19 del RPERMC.

1.2.4 Inicio del plazo de interposición del recurso si se impugna el desistimiento.

Resolución 31/2017

QUINTO: MOLATU ha interpuesto su recurso en tiempo y forma. HIRUTEK, por su parte, interpuso el recurso el día 26 de enero de 2017; al ser el acto recurrido el Decreto de Alcaldía que acuerda el desistimiento del contrato, que es un acto de trámite que impide la continuación del procedimiento, el cómputo de los quince días hábiles comenzó a partir del día siguiente a aquel en que tuvo conocimiento de la posible infracción (artículo 44.2 b) del TRLCSP). En el expediente consta que el Decreto de Alcaldía le fue notificado en mano a un representante de la empresa el día 27 de diciembre de 2016, por lo que el recurso se interpuso fuera del plazo de 15 días hábiles que dispone el artículo 44.2 del TRLCSP.

1.2.5 Inicio del plazo de interposición del recurso si recurso presentado por concejal.

Resolución 34/2016

TERCERO: El acto objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación adoptado por el Ayuntamiento en pleno en su sesión de fecha 18 de diciembre de 2015 y, en lo que respecta al plazo de interposición del recurso, el art. 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) dispone que el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con el art. 151.4.

En este caso, a los concejales no se les notifica el acuerdo de adjudicación pues son miembros del órgano colegiado que resulta ser el órgano de contratación, por lo que forman parte, con su voz y voto, de la formación de la voluntad contractual de la administración contratante, y los mismos motivos que tuvieron para manifestar su oposición a la adopción del acuerdo de adjudicación son los que sustentan el recurso especial. En este sentido, si bien gozan de legitimación para presentar el recurso especial carecen de la condición de «interesados» por lo que no les es de aplicación lo dispuesto en el art. 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC). Por otra parte, por aplicación del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE, el plazo de interposición del recurso no puede quedar indefinidamente abierto, por lo que al ser conocedores del contenido del

acto al que se han opuesto, se ha de entender que el plazo para la interposición del recurso comienza a contarse a partir del día siguiente al 18 de diciembre de 2015, fecha de la adopción del acuerdo plenario, y habiéndose interpuesto el recurso especial el día 21 de enero de 2016, ha de entenderse que se halla fuera de plazo y, por tanto, debe inadmitirse por extemporáneo.

Adicionalmente, si conforme a lo dispuesto en el art. 58.3 LRJPAC el plazo de interposición del recurso para los interesados en el supuesto de notificaciones defectuosas comienza a computarse desde que éstos realizan actuaciones que supongan el conocimiento del texto íntegro, en el caso de los concejales miembros del órgano de contratación con mayor razón habrá de entenderse que el plazo del recurso especial comienza a computarse desde el día siguiente a la adopción del acuerdo que votaron en contra.

1.2.6 Cómputo del plazo cuando se impugnan los pliegos de un contrato no sujeto a regulación armonizada

Resolución 80/2016

ÚNICO: El poder adjudicador plantea que el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo. Esta alegación debe ser aceptada. De acuerdo con el artículo 19.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015 (en adelante, RRMC) cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos, el cómputo del plazo para recurrir se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación; dicha publicación en forma legal, de acuerdo con el propio artículo, se produce en el perfil de contratante del poder adjudicador, ya que no es preceptiva la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea por no tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada (es un contrato de la categoría 553220003, servicios de elaboración de comidas, incluido en la categoría 17, servicios de hostelería y restaurante, del Anexo II del TRLCSP). Consecuentemente, dado que la publicación completa y final del anuncio en el perfil se produjo el día 27 de abril, el último día del plazo fue el 16 de mayo, siendo extemporánea la presentación el día 17 de mayo, por lo que el recurso no puede ser admitido.

1.2.7 Plazo de interposición del recurso y relevancia de la omisión de la publicidad de la adjudicación en el perfil de contratante

Resolución 140/2017

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Sobre este particular, el recurrente señala que el acto impugnado no estaba publicado en el perfil del contratante a la fecha de

presentación del recurso, tal y como exige el artículo 151.4 del TRLCSP y preveía el apartado Dispositivo Quinto del Decreto de Alcaldía de 19 de octubre, que aprueba la adjudicación recurrida; esta circunstancia implica que cualquier licitador que tenga la intención de impugnar la adjudicación se vea obligado a hacerlo sin tener un conocimiento claro del plazo del que dispone, al estar pendiente de si el acto se publica o no en el perfil. El poder adjudicador y EUSKALTEL rechazan esta alegación y consideran que la obligación de publicación en el perfil es indiferente para el cómputo del plazo de interposición, que se inicia solo con la remisión de la adjudicación, en los términos previstos en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Con independencia de la relevancia que tenga la publicación del acto impugnado en el perfil del contratante a los efectos de estimar iniciado el plazo de interposición del recurso, no se alcanza a comprender cuál es el perjuicio para la UTE derivado de la citada falta de publicación. Más allá de una genérica mención a que se le ha impedido conocer el plazo con exactitud, la UTE no ha acreditado ningún daño real para sus intereses; en particular, no consta indefensión alguna por esta causa que justifique la anulación (ver, en este sentido, el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común). Por el contrario, sí consta que se ha presentado un recurso suficientemente fundado, siendo significativo que la UTE no solicite, por ejemplo, la retroacción de actuaciones para que se practique una nueva notificación simultánea con la publicación en el perfil. La alegación de que la falta de publicidad «le ha impedido tener un conocimiento claro del plazo de que dispone para la interposición del recurso» carece de sentido desde el momento en el que la impugnación fue presentada el día 13 de noviembre, antes de que trascurrieran los quince días hábiles desde que, el día 20 de octubre, el Ayuntamiento remitiera la notificación con el acto recurrido. Es decir, con independencia de cuándo se publicara dicho acto en el perfil y de la consideración de si esta publicación es o no esencial para el inicio del cómputo del plazo, lo cierto es que, incluso con la interpretación más exigente para el recurrente la impugnación está presentada en tiempo. Consecuentemente, la alegación de la UTE debe considerarse irrelevante.

1.2.8 Carácter preclusivo del recurso

Resolución 97/2013

> (…), no se trata de dilucidar si, de haber sido advertida esta irregularidad en el momento procedimental oportuno, tras la publicación de los pliegos, habría estado justificada la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, sino si, denunciada tal irregularidad una vez adjudicado el contrato, la misma goza de la entidad suficiente como para declarar su nulidad de pleno derecho y, consecuentemente, la de todos los actos subsiguientes incluido el de adjudicación del contrato.

A este respecto, se debe señalar que conforme al artículo 40.2 TRLCSP, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establecen las condiciones que deben regir la licitación son actos que pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación y que, conforme al artículo 44.2.a) TRLCSP, el plazo para su impugnación es el

de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 TRLCSP.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665/CEE (a cuya transposición obedece la regulación del recurso especial en materia de contratación en el TRLCSP), en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica y que la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones (Caso Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe TJCE 2002\369, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, apartados 75 y 76). (L).»

Resolución 112/2014

Es cierto que el acto ahora recurrido es una nueva adjudicación susceptible de ser recurrida en un nuevo plazo, pero debe tenerse en cuenta que los dos motivos del recurso que se analiza pudieron ser alegados en un recurso contra la primera adjudicación, ya que la base fáctica de ambos (el criterio de valoración y la motivación) ya existía y podía ser conocida cuando se dictó dicha adjudicación. El actual recurrente no lo hizo así, y su pretensión de hacerlo ahora no puede ser aceptada, ya que ello supondría mantener permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso especial, cuando su carácter preclusivo es parte fundamental del sistema establecido en el TRLCSP y el Derecho comunitario que ésta incorpora (por todas, ver la Resolución 24/ 2014 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe, C-2470/99, de 12 de diciembre de 2002, apartados 75 y 76). Asimismo, admitir la impugnación de un acto que ejecuta una Resolución de este Órgano por razones que ya pudieron hacerse valer en su momento equivaldría a privar de eficacia a dicha Resolución. Debe resaltarse que la cuestión sería distinta si el recurso se basara en un motivo que no pudo fundamentar la impugnación de la primera adjudicación, como sería la falta de solvencia técnica de la empresa propuesta ahora como adjudicataria, irregularidad que no puede impugnarse cuando dicha empresa es una simple licitadora (ver, por todas, la Resolución 88/2013 del OARC / KEAO).

1.2.9 Presentación del recurso en Correos

Resolución 124/2017

ÚNICO: De la documentación que consta en el expediente se deduce que el acto impugnado fue remitido el día 18 de octubre y que la notificación cumple con todos los requisitos legales, por lo que el último día del plazo para interponer el recurso especial era el día 9 de noviembre (artículo 44.2 del TRLCSP).

Como es conocido, el artículo 44.3 del TRLCSP prevé que «La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.» El citado artículo ha sido desarrollado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimiento de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, «Reglamento de procedimiento»), que en los párrafos segundo y tercero de su artículo 18, que lleva por título «Lugar de presentación», señala que:

> La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.
>
> No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia.

Las actuaciones no satisfacen lo dispuesto por el artículo 18 reproducido, porque no se acredita que el mismo día se remitiera una copia del escrito del recurso en formato electrónico al órgano de contratación o a este OARC/KEAO, en cuyo caso se hubiera considerado que el recurso estaba interpuesto dentro del plazo que finalizaba el día 9 de noviembre, tal y como se ha visto.

Por lo tanto, el recurso especial debe considerarse interpuesto el 14 de noviembre del 2017, de manera extemporánea y, consecuentemente, ser inadmitido, de acuerdo con el artículo 22.1 5º del Reglamento de procedimiento.

1.2.10 Omisión de la presentación telemática del recurso especial

Resolución 128/2016

ÚNICO: El artículo 14.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), establece la obligatoriedad de que las personas jurídicas se relacionen con la Administración con medios electrónicos. Por su parte, el artículo 68.4 de la misma Ley expresa que «si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica.» Finalmente, el artículo 44.5 del TRLCSP establece que «para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición». Como se señala en los antecedentes de hecho, el plazo

ha transcurrido sin que se haya producido la subsanación requerida, por lo que procede dar al recurrente por desistido, aceptar de plano dicho desistimiento y declarar concluso el procedimiento, ya que no consta perjuicio alguno para terceros interesados ni se aprecia la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación (artículos 84.1 y 94 de la LPAC).

1.2.11 Características de un escrito para su consideración como recurso

Resolución 59/2013

PRIMERO: La primera cuestión que debe plantearse este órgano es la verdadera naturaleza del escrito de alegaciones presentado ante el Consorcio el 21 de enero de 2013. Si bien es cierto que no se califica por sus autores como recurso especial, ello no sería por sí sólo motivo para no tramitarlo como tal, ya que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece que «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter». Siguiendo un criterio antiformalista, la citada norma quiere que reciba tratamiento procedimental de recurso cualquier escrito que tenga esa naturaleza, sea cual sea la denominación que se le haya dado. Analizado con dicho criterio antiformalista el escrito objeto de esta Resolución, se observa que, no sólo no se califica como recurso especial, cuestión que como se ha dicho es poco relevante, sino que no se menciona al órgano que debe resolverlo (precisamente este OARC/KEAO) y que la solicitud se dirige únicamente al Consorcio. Además, lo que es más importante, no consta la intención que caracteriza a cualquier recurso, que es la de impugnar un acto para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 107.1 de la Ley 30/1992), o dicho de otro modo, no consta una pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable (o de modificarlo o sustituirlo). En este sentido, la escueta mención «acuérdese lo señalado en el mismo», no puede considerarse suficiente por muy antiformalista que este Órgano quiera ser, ya que de las alegaciones contenidas en el escrito, a las que se remite dicha frase, tampoco pueden considerarse suficientemente explícitas sobre la pretensión que pudieran sostener los firmantes. Las alegaciones contienen expresiones de queja o crítica respecto del contenido de los Pliegos o tratan de rebatir la base fáctica en la que se sustenta, pero carecen de una pretensión concreta. Por todo ello, este Órgano entiende que el escrito no tiene la naturaleza de recurso y no puede ser tramitado como tal.

Resolución 114/2015

ÚNICO: La primera cuestión que debe plantearse este órgano es la verdadera naturaleza del escrito presentado ante el Ayuntamiento de Errenteria. Si bien es cierto que no se califica por sus autores como recurso especial, ello no sería por sí sólo motivo para no tramitarlo como tal, ya que el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece que «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter». Siguiendo un criterio antiformalista, la citada norma quiere que reciba

tratamiento procedimental de recurso cualquier escrito que tenga esa naturaleza, sea cual sea la denominación que se le haya dado. Analizado con dicho criterio antiformalista el escrito objeto de esta Resolución, se observa que, no sólo no se califica como recurso especial, cuestión que como se ha dicho es poco relevante, sino que no se menciona al órgano que debe resolverlo (precisamente este OARC/KEAO) y que la solicitud se dirige únicamente al Ayuntamiento. Además, lo que es más importante, no consta la intención que caracteriza a cualquier recurso, que es la de impugnar un acto para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 107.1 de la Ley 30/1992), o dicho de otro modo, no consta una pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable (o de modificarlo o sustituirlo). Por otro lado, no constan los motivos en los que se fundamenta la impugnación, como pide el artículo 44.4 TRLCSP, lo que convierte el escrito en una mera manifestación genérica de disconformidad de la que difícilmente puede defenderse el poder adjudicador y sobre la que mal pueden alegar otros interesados; en este sentido, si este OARC / KEAO tramitara el escrito como recurso especial estaría favoreciendo la indefensión de la Administración y concediendo una ventaja antijurídica a quien no ha formulado con una mínima concreción su posición, convirtiendo la deficiencia en preeminencia. Por todo ello, este Órgano entiende que el escrito no tiene la naturaleza de recurso y no puede ser tramitado como tal.

Resolución 130/2015

El recurrente no concreta cuáles son las empresas afectadas por la falta de acreditación de los requisitos de acceso a la licitación, ni cuáles son los concretos requisitos no acreditados. Según el artículo 44.4 TRLCSP, el escrito de recurso deberá concretar los motivos en que se fundamenta, lo que implica que no cabe una afirmación genérica de irregularidades como la que formula el recurrente; así, no cabe alegar simplemente sospechas, debe aportarse un mínimo indicio de que los adjudicatarios carecen de la solvencia exigida. Una alegación como la formulada supone, por un lado, que el poder adjudicador difícilmente puede defenderse eficazmente de ella, y por otro, que el recurso se convierte en una denuncia o solicitud de que este OARC / KEAO haga una revisión general del expediente o de amplias partes de él a la búsqueda de irregularidades que el recurrente no ha sido capaz de concretar, lo que supone desnaturalizar el procedimiento. El motivo de recurso debe pues desestimarse.

Resolución 39/2017

La primera cuestión que debe plantearse este órgano es la verdadera naturaleza del escrito presentado por la empresa EZSA ante el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz. Es cierto que no se califica por sus autores como recurso especial, pero ello no sería por sí sólo motivo para no tramitarlo como tal, ya que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común establece que «el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter». Siguiendo un criterio antiformalista, la citada norma quiere que reciba tratamiento procedimental de recurso cualquier escrito que tenga esa naturaleza, sea cual sea la denominación que se le haya dado. Analizado con dicho criterio antiformalista el escrito objeto de esta Resolución, se observa que, no sólo no se califica como recurso especial, cuestión que como se ha dicho es poco relevante, sino que no se menciona al

órgano que debe resolverlo (precisamente este OARC / KEAO) y que la solicitud se dirige únicamente al Ayuntamiento. Además, lo que es más importante, no consta la intención que caracteriza a cualquier recurso, que es la de impugnar un acto para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 112.1 de la Ley 39/2015), o dicho de otro modo, no consta una pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto nulo o anulable (o de modificarlo o sustituirlo); en concreto, la pretensión es que «se acuerde remitir la documentación aportada a las empresas licitadoras a los efectos de practicarse la obligatoria subrogación» y, de hecho, el escrito no pone en duda la validez de ninguna cláusula de los pliegos sino que se limita a interpretarlos. Por todo ello, este Órgano entiende que el escrito no tiene la naturaleza de recurso y no puede ser tramitado como tal, por lo que debe inadmitirse.

1.2.12 Incorrecta calificación del recurso

Resolución 89/2015

PRIMERO: El recurrente califica su escrito como recurso de reposición de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. El artículo 110 de esta norma establece que «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter». Examinado el recurso, se observa el motivo impugnatorio es que se declare nulo el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) por ser contrario al artículo 78. e) del TRLCSP, de solvencia técnica o profesional de los contratos de servicios, con las consecuencias previstas en el artículo 32. b) del propio texto refundido, y que subsidiariamente solicita que los licitadores que presenten personal con la titulación/habilitación de Educación Social reciban la máxima puntuación. Dicho de otro modo, la pretensión principal del recurrente es que se modifiquen determinadas cláusulas del PPT y que se sustituya por otras que considera ajustadas a la normativa aplicable. El contrato y el acto objeto de impugnación están, como veremos más adelante, dentro de los que el artículo 40 del TRLCSP considera objeto de recurso especial en materia de contratación, por lo que su tramitación y resolución es competencia de este OARC / KEAO.

1.3 ACTOS RECURRIBLES

1.3.1 No son actos recurribles

Resolución 5/2012

La clasificación por el órgano de contratación de las proposiciones presentadas tiene la virtualidad de establecer un orden de prioridad entre las proposiciones, de manera que la primera de ellas es calificada como económicamente más ventajosa, siendo su efecto

inmediato el requerimiento de la documentación prevista en el punto 2. del artículo citado. Una vez cumplimentada la documentación, corresponde al órgano de contratación adjudicar el contrato, acto que a tenor del artículo 310.2 c) de la LCSP es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En este sentido, puede afirmarse que la clasificación de las proposiciones efectuada por el órgano de contratación no decide, como tal, ni directa ni indirectamente sobre la adjudicación, sino que es un acto de trámite dirigido a desencadenar la propia adjudicación.

Resolución 16/2013

El acuerdo del Consejo de Administración que rechaza la propuesta de la mesa de contratación es un acto que no puede calificarse de trámite porque no persigue el impulso de procedimiento alguno, y ya hemos visto que no se trata de un acuerdo de adjudicación, ni uno de los análogos que producen la finalización del procedimiento. En consecuencia, este órgano resolutorio debe manifestar que tal acuerdo en sus propios términos no es objeto de recurso especial en materia de contratación por no encontrarse entre los documentos y actos que se citan en el artículo transcrito, por lo que no puede admitirse el recurso. Por el contrario, sí serían susceptibles de ser recurridos la adjudicación del contrato a cualquier licitador, la declaración de desierto de la licitación, así como un acuerdo declarando el desistimiento o la renuncia del contrato.

Resolución 78/2013

CUARTO: El operador económico recurre contra el Acta de la Mesa de Contratación de 12 de junio de 2013 de apertura y evaluación de los sobres C y B correspondientes al Lote 3 del contrato y el Informe técnico de 10 de junio de 2013 en que se sustentan las puntuaciones obtenidas por los licitadores en los criterios evaluables mediante juicios de valor. El artículo 40.2 b) del TRLCSP establece que «podrán ser objeto de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.» En este caso, el acto de la Mesa atribuyendo las puntuaciones correspondientes a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, amparado en un informe técnico, es un acto de trámite que no acuerda la exclusión del licitador recurrente ni está en ninguno de los otros supuestos contemplados en dicha norma, sino que es previo a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación, que sí es un acto recurrible (artículo 40.2 c) del TRLCSP). Por todo ello, el recurso debe ser inadmitido por no impugnar un acto susceptible de recurso especial.

Resolución 17/2014

El informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor es un acto de trámite que no acuerda la exclusión del licitador recurrente ni está en ninguno de los otros supuestos

contemplados en la citada norma, sino que es previo a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación, que sí es un acto recurrible (artículo 40.2 c) del TRLCSP). Por todo ello, el recurso debe ser inadmitido por no impugnar un acto susceptible de recurso especial. A igual conclusión se llegaría de considerarse que el acto impugnado es el acuerdo de la Mesa de contratación atribuyendo las puntuaciones correspondientes a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, amparado en un informe técnico, pues en este sentido, el de considerarlo acto de trámite, se ha manifestado este órgano resolutorio en su Resolución 78/2013, de 14 de agosto de 2013.

Resolución 66/2014

Sin perjuicio de la innegable importancia que tienen los informes técnicos en orden a la adjudicación del contrato, debe señalarse que ni éstos ni los acuerdos de las Mesas de contratación de clasificación de las ofertas se encuentran entre los actos que el artículo 40.2. b) del TRLCSP considera susceptibles de recurso especial, sino que son previos a la adjudicación del contrato, que sí es un acto recurrible (artículo 40.2 c) del TRLCSP). En este mismo sentido se manifestó este órgano resolutorio en su Resolución 78/2013, de 14 de agosto de 2013, dictado a instancia de un recurso especial interpuesto por la misma recurrente, Nipro, contra el Acta de 12 de junio de 2013 de apertura y evaluación de los sobres C y B correspondientes al Lote 3 del contrato para el suministro de lanceras de punción y tiras reactivas de medición de glucosa en sangre capilar, con destino a las diferentes organizaciones de Osakidetza, y el Informe técnico de 10 de junio de 2013 en que se sustentan las puntuaciones obtenidas por los licitadores en los criterios evaluables mediante juicios de valor, el cual fue inadmitido por no tratarse éstos de actos de trámite recurribles según lo previsto en el artículo 40.2 b) del TRLCSP.

Resolución 25/2016

ÚNICO: La pretensión del recurso es la anulación del acuerdo del poder adjudicador denegando la petición de exhibición de la oferta de las empresas adjudicatarias del contrato, ordenando que se ponga de manifiesto a la recurrente la totalidad de la documentación integrante de la UTE adjudicataria.

El informe del órgano de contratación se opone a la admisión del recurso porque su objeto no es ninguno de los actos previstos en el artículo 40.2 TRLCSP; en particular, no es uno de los «actos de trámite cualificados» a los que se refiere la letra b) de dicho precepto, pues la denegación de acceso no decide sobre la adjudicación, ni impide continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos identificados en el recurso.

A juicio de este OARC / KEAO, este motivo de oposición debe ser aceptado y el recurso debe inadmitirse. Solo cabe añadir dos consideraciones: la primera, que el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé la posibilidad de que, en el marco del procedimiento del recurso especial, el OARC / KEAO conceda al recurrente

el acceso al expediente si estima que la denegación del poder adjudicador le impidió formalizar un recurso suficientemente fundado; esta previsión legal descarta que, en el caso de que el acto ahora impugnado hubiera causado un perjuicio o indefensión, tal daño fuera «irreparable», como pide el artículo 40.2 c) TRLCSP. La segunda consideración, es que la licitación ha concluido con la adjudicación del contrato y su notificación, acto impugnable conforme al art. 40.2.c) TRLCSP; sin embargo, el recurrente ha accionado contra un acto posterior que no está previsto en el citado artículo.

Resolución 81/2016

A la vista del contenido del recurso y del Antecedente de Hecho Tercero, el OARC / KEAO estima que, aunque formalmente se recurra la adjudicación del contrato, se trata en realidad de impugnar la Resolución 62/2016, que el poder adjudicador se ha limitado a ejecutar correctamente. Dado que contra las resoluciones de este Órgano solo cabe el recurso contencioso – administrativo (ver la Resolución 52/2016 del OARC / KEAO), el recurso planteado no puede admitirse.

Resolución 62/2017

ÚNICO: La pretensión del recurso es que se dicte una resolución que declare nula o anule el acto impugnado, «obligándosele en consecuencia a la Administración a resolver en los términos expuestos y obligatorios de la STJPV número 516/2016». Esta pretensión no puede ser objeto del procedimiento del recurso especial, pues lo que se solicita es que este OARC / KEAO decida sobre la corrección o incorrección del modo en el que el poder adjudicador ha ejecutado una sentencia, y según los artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso – administrativa, dicha potestad corresponde en exclusiva al órgano judicial competente. Consecuentemente, el recurso no puede ser admitido.

1.3.2 Son actos recurribles

Resolución 119/2014

El artículo 151.3 del TRLCSP señala que «No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.» De igual forma, el artículo 22 g) del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, prevé que «En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación.»

La sentencia del TJUE de fecha 18 de junio de 2002, dictada en el asunto C-92/00, viene a concluir que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias

y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios exige que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela una licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos internos al referido Derecho.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 35/2012 y 14/2013 –citadas en la Resolución 122/2014 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Andalucía–, cuya doctrina este Órgano Resolutorio comparte, afirma « (…) que la declaración de desierto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible (…).»

Por tanto, la resolución que declara desierto el acuerdo marco, aun no siendo de adjudicación, es recurrible mediante recurso especial en materia de contratación.

Resolución 20/2014

TERCERO: El acto recurrido es una Resolución acordando el desistimiento del procedimiento de adjudicación. El artículo 40.2 TRLCSP no menciona expresamente este acto entre los susceptibles de recurso especial. Sin embargo, este Órgano entiende que una interpretación coherente y finalista de la norma, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia, conduce a entender que se trata de un acto incluido en el ámbito de este recurso. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos ellos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (Véanse la STJ de 18/6/2002, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55 y, en el mismo sentido, la Resolución 88/2013 del OARC / KEAO).

Resolución 143/2015

El artículo 165.1 del TRLCSP, que regula la selección de solicitantes en el procedimiento restringido, prevé que «El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad

y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 167.» La selección de solicitantes del procedimiento restringido es un acto de trámite que selecciona o rechaza a los candidatos en función de la acreditación de los criterios o normas objetivos no discriminatorios que se indican en el anuncio de licitación (artículo 163.3 del TRLCSP); su virtualidad es que los seleccionados son invitados (artículo 165.2 del TRLCSP) a presentar proposiciones (artículo 167 del TRLCSP) y para los no seleccionados finaliza su participación en el procedimiento, de modo que para éstos se enmarcar dentro de los actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento que señala el artículo 40.2 b) del TRLCSP. Además, según el artículo 22. 2 del Real Decreto 817/2008, que desarrolla parcialmente la LCSP, la selección corresponde al órgano de contratación, quien podrá delegar esta función en la Mesa de contratación haciéndolo constar en los pliegos. En cualquier caso, bien sea por Resolución del órgano de contratación o por acuerdo de la Mesa de contratación, lo cierto es que la no selección impide a los candidatos continuar en el procedimiento, con lo que se trata de un acto que es susceptible de recurso especial.

Sin embargo, debe añadirse que en la Resolución de 1 de julio de 2015 se seleccionó a todas las empresas que presentaron candidatura y se fijaron los lotes a los que candidato seleccionado podría licitar en función de su capacidad productiva, y en el caso concreto de la recurrente se le admitió e invitó a los 6 lotes que solicitó. A este respecto, este OARC / KEAO en su Resolución 88/2013 manifestó que «(…) existe una constante y pacífica doctrina (véanse, por ejemplo, las resoluciones del TACRC núm. 59, 68 y 238, todas ellas del año 2011) de la que se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y en el artículo 40.2 b) del TRLCSP, no serían recurribles. Ello significa, según dicha doctrina, que «(…) en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. La justificación de esto es clara. El licitador que hubiera resultado excluido del procedimiento por el acto de trámite, quedaría privado de la posibilidad de defensa de su derecho o interés legítimo pues carecería de legitimación para recurrir el acto resolutorio del mismo. Precisamente para evitar esta posibilidad establece el legislador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, primero y en la ley de Contratos del Sector Público con posterioridad la posibilidad de impugnación del acto de trámite que le perjudique. Sin embargo, esta misma razón excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.»

Cabe concluir, por tanto, que la Resolución de 1 de julio de 2015 no era impugnable por el recurrente porque no le excluyó de la licitación, y que tampoco es recurrible la invitación de otros candidatos. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que en el acto de adjudicación del contrato sí puede impugnarse, como lo ha hecho el recurrente, la invitación de empresas que, en su opinión, no han acreditado la capacidad productiva asignada.

Resolución 130/2016

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» Debe señalarse que, como se explicará más adelante, el objeto de la impugnación no es solo un apartado de la carátula del PCAP, sino también, y muy especialmente, la respuesta que el poder adjudicador ha dado a una consulta formulada por una empresa interesada sobre el alcance de dicho apartado y que se ha publicado en el perfil del contratante; tales respuestas pueden ser objeto de recurso porque se incluyen en la amplia definición de «pliego de contratación» recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende «todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional». A juicio de este OARC / KEAO, las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se va a ajustar a su contenido (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), son «documentos adicionales» que fijan los términos de dicho procedimiento. Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser evaluada, en su caso, por los órganos encargados de resolver el recurso especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE, que es la norma que se transpone en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP). Debe tenerse en cuenta que el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE reúne los requisitos para desplegar efecto directo a falta de transposición (ver, por ejemplo, el documento «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales y disponible en la web del OARC / KEAO).

Resolución 120/2017

TERCERO: El acto formalmente recurrido es el Acuerdo de 8 de septiembre de 2017 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zierbena. No obstante, la adjudicataria impugnada y el poder adjudicador plantean la cuestión de cuál es el acto que realmente se impugna, esto es, sobre qué objeto versa el recurso, pues tanto la pretensión del recurso, que fija los términos del debate, como la argumentación en la que ésta se sustenta se dirigen a la inadmisión de las ofertas de GARBIALDI y de CESPA por entender que han sido presentadas fuera del plazo de presentación fijado en las bases del contrato y de la convocatoria del procedimiento de adjudicación, esto es, en la totalidad de los anuncios de licitación, a excepción del publicado en el BOE.

Como antecedente a tener en cuenta, se ha de partir de que con fecha 13 de julio de 2017 la recurrente presentó ante el Órgano de contratación un escrito en el que, además de solicitar el registro de entrada de las ofertas de los licitadores al contrato, dejaba constancia de que las entregadas en fecha posterior a la señalada en los pliegos debían ser automáticamente excluidas del proceso de licitación. Este escrito fue contestado por Resolución de Alcaldía nº 062/2017, en cuya parte dispositiva se desestimaban las alegaciones formuladas y se declaraban admitidas todas las proposiciones presentadas con anterioridad al 7 de julio de 2017. Como pie de recurso se otorgaba el recurso potestativo de reposición o bien el recurso contencioso administrativo.

El recurrente considera que el acuerdo de admisión es un mero acto de trámite no cualificado, únicamente recurrible una vez recaída la adjudicación del contrato. Sin embargo, esta afirmación no se puede sostener tras la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017 (asunto C-391/15 ECLI:EU:C:2017:268), que señala que el hecho de que la normativa nacional obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador, infringe las disposiciones de la Directiva 89/665, de cuyo literal se deduce la impugnabilidad de actos como la admisión de los licitadores. Consecuentemente, el literal del art. 40.2.b) del TRLCSP que, hasta ahora, ha sido interpretado por la generalidad de los órganos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación en el sentido de considerar que el acuerdo de admisión de licitadores no es un acto de trámite que decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, resulta incompatible con la normativa europea e inaplicable por efecto del principio de primacía, toda vez que se ha declarado el efecto directo de las disposiciones de la Directiva 89/665 aplicables al caso (ver, en este sentido, el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público»)[1]

En el presente procedimiento nos encontramos ante un acto expreso de admisión de ofertas que es notificado a los interesados, si bien de forma defectuosa pues el ofrecimiento de recursos que realiza la notificación es erróneo al señalar como el procedente el potestativo de reposición. El artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública, establece en su apartado 2 que «Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente», requisitos cuyo cumplimiento no consta en el presente caso (se ofrece el recurso de reposición ante el órgano que dictó el acto en lugar del recurso especial ante este OARC / KEAO) por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016, 94/2016, 126/2016 y 27/2017, así como las sentencias del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio

[1] http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf

de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca. Por otra parte, no se aprecia desviación procesal, pues esta es la primera vez que el recurrente formula su pretensión de inadmisión de las ofertas de sus competidores y el escrito presentado en su día lo era con carácter general y no contenía una pretensión impugnatoria concreta e individualizada sino una observación y, por otra, el principio antiformalista que preside el procedimiento de recurso especial y el principio «pro actione» aconsejan la admisión del recurso.

Resolución 138/2017

TERCERO: La UTE SERBITZU-FCC considera que el recurso es extemporáneo debido a que se debió recurrir la admisión de la ahora adjudicataria impugnada al notificarse el primer acuerdo de adjudicación

Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores que la admisión de las ofertas contractuales no es un acto de trámite susceptible de recurso especial, como se deduce del artículo 40.2 b) del TRLCSP, ya que no es «cualificado» porque no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para el recurrente, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (ver, por todas, la Resolución 28/2017). Sin embargo, conforme a la STJUE de 5 de abril de 2017, (Marina del Mediterráneo C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), la Directiva 89/665, modificada por la Directiva 2007/66 (en adelante, «Directiva de recursos») se opone a una normativa nacional que limita el ámbito del recurso especial a los actos de trámite que sean cualificados, de modo que se excluya de él la alegación de ilegalidad de la decisión del poder adjudicador de admitir a un licitador al procedimiento de contratación. Además, según la citada sentencia, la Directiva de recursos tiene, en esta materia, efecto directo. Por todo ello, el artículo 40.2 b) del TRLCSP debe entenderse desplazado y la doctrina de este Órgano basada en él ha de modificarse. Consecuentemente, la alegación del adjudicatario impugnado debe analizarse a la luz de esta interpretación jurisprudencial. Sin embargo, este OARC / KEAO entiende que la argumentación de UTE SERBITZU-FCC no está amparada por dicha interpretación, tal y como se expone a continuación.

La jurisprudencia del TJUE mencionada en el párrafo anterior se basa en garantizar el efecto útil de la Directiva de recursos y, en particular, los derechos de los operadores económicos perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores (ver, en especial, el apartado 33 de la sentencia citada). Esta finalidad no se cumpliría si la ampliación del ámbito de los actos recurribles, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, se convirtiera en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la admisión de todos los demás licitadores (cuyas ofertas están peor clasificadas que la suya en el listado del artículo 151.1 del TRLCSP) bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso en una situación como la que ahora se analiza. Ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos. Por otro lado, una impugnación como la que la UTE SERBITZU-FCC dice que debió presentar en su día el ahora recurrente se hubiera topado con el obstáculo para su admisión de no estar sustentada en un interés legítimo tangible (ver el artículo 42 del TRLCSP), pues no merece tal consideración

el interés de quien ya es adjudicatario en que las ofertas que en ningún caso mejoran la suya sean, además, excluidas. No cabe en el procedimiento de adjudicación la obtención de una situación jurídica individualizada más favorable que la de contratista seleccionado.

Por todo ello, el recurso debe entenderse interpuesto en el momento procesal oportuno.

1.4 CONTRATOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL RECURSO ESPECIAL

1.4.1 Contrato de explotación del servicio de cafetería

Resolución 87/2013

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación: «a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso, la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el pliego – tipo empleado califican el contrato como de servicios. Como manifestó este órgano en sus resoluciones 49/2013 y 74/2013, debe recordarse que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de comprobar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). En este caso, del análisis de las estipulaciones de los Pliegos se deducen varias notas que desmienten que se trate de un contrato de servicios de los descritos en el artículo 10 del TRLCSP. En primer lugar, no se prevé que la Administración abone un precio al contratista como remuneración por los servicios que éste presta (será el adjudicatario el que pagará un canon al poder adjudicador), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que pueda obtener de la explotación del servicio de cafetería y máquinas expendedoras que constituye el objeto contractual principal, es decir, de los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio (fundamentalmente, personal del hospital y visitas). En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de la explotación al contratista.

Descartada por esos dos motivos la calificación de contrato de servicios, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado, si bien actualmente parece ser mayoritaria la opción de considerarlos dentro de la categoría de contratos administrativos especiales (artículo 19.1 b) del TRLCSP) cuando son adjudicados, como en este caso, por una Administración Pública, por considerarse que

su objeto está vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante (ver, por ejemplo, el informe 25/12, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). No obstante, incluso si se considerara que se trata de un contrato de gestión de servicio público (artículo 8 TRLCSP) o de un contrato privado de los previstos en el segundo párrafo del artículo 20.1 TRLCSP, la conclusión sería la misma: por las razones expuestas anteriormente, no es un contrato de servicios, por lo que no está sujeto al recurso especial y, por lo tanto, a la competencia de este Órgano. Debe recordarse que las dos notas citadas en el párrafo anterior (contraprestación no consistente en un precio sino en el derecho a explotar un servicio y transferencia del riesgo) son precisamente las que la jurisprudencia europea ha considerado típicas de las concesiones de servicios, categoría actualmente excluida del ámbito de las directivas sobre contratación pública y, en particular, del ámbito de la Directiva 89/665, la cual incorporan los artículos 40 y siguientes del TRLCSP mediante la creación y regulación del recurso especial en materia de contratación (ver, por todas, la sentencia del TJ de 10 de marzo de 2011, C-274/09 y todas las que en ella se citan).

1.4.2 Servicios de distribución de bebidas y alimentos mediante máquinas expendedoras

Resolución 16/2014

En el presente caso, los Pliegos que rigen la licitación califican el contrato como administrativo especial, por lo que, en principio, estaría fuera del ámbito objetivo del recurso especial. Sin embargo, y como ya manifestó este órgano en sus resoluciones 49/2013 y 74/2013, debe recordarse que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de comprobar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). En este caso, del análisis de las estipulaciones de los Pliegos se deduce que la calificación efectuada por la documentación contractual es correcta, pues existen varias notas que desmienten que se trate de un contrato de servicios de los descritos en el artículo 10 del TRLCSP (ver la Resolución 87/2013 de este Órgano). En primer lugar, no se prevé que la Administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que éste presta (será el adjudicatario el que pagará un canon al poder adjudicador), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que pueda obtener de la explotación del servicio de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos que constituye el objeto contractual principal, es decir, de los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de la explotación al contratista.

Descartada por esos dos motivos la calificación de contrato de servicios, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado,

si bien actualmente parece asentarse la opción de considerarlos dentro de la categoría de contratos administrativos especiales (artículo 19.1 b) del TRLCSP) cuando son adjudicados, como en este caso, por una Administración Pública, por considerarse que su objeto está vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante (ver, por ejemplo, el informe 25/12, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Debe recordarse que las dos notas citadas en el párrafo anterior (contraprestación no consistente en un precio sino en el derecho a explotar un servicio y transferencia del riesgo) son precisamente las que la jurisprudencia europea ha considerado típicas de las concesiones de servicios, categoría actualmente excluida del ámbito de las directivas sobre contratación pública y, en particular, del ámbito de la Directiva 89/665, en virtud de la cual se incorporan los artículos 40 y siguientes del TRLCSP mediante la creación y regulación del recurso especial en materia de contratación (ver, por todas, la sentencia del TJ de 10 de marzo de 2011, C-274/09 y todas las que en ella se citan).

1.4.3 Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente como administrativo especial

Resolución 76/2014

PRIMERO: La primera cuestión previa que debe resolverse antes de entrar o no en el análisis del fondo del recurso es si nos encontramos ante un acto impugnable mediante la vía del recurso especial previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP. La adjudicataria sostiene que el recurso no puede ser admitido porque, según el artículo 40.1 TRLCSP, no cabe recurso especial en el caso de los contratos administrativos especiales, que es la calificación jurídica que figura en los Pliegos y que se justifica porque el objeto supone la asunción de una competencia propia de la Administración contratante sin que medie transferencia del riesgo de explotación al adjudicatario. La misma solicitud de inadmisión formula el poder adjudicador, que entiende que la calificación de contrato administrativo especial es la correcta porque se impone la obligación al contratista de fuertes inversiones imposibles de amortizar en el plazo máximo previsto para los contratos de servicios. Además, ambos reprochan al recurrente inconsecuencia con sus propios actos, habida cuenta de que, en su día, ya recurrió mediante el recurso ordinario de alzada su exclusión de la licitación, lo que presupone aceptación de la naturaleza jurídica de contrato administrativo especial. Por su parte, el recurrente estima que se trata de un contrato de servicios y por lo tanto incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, ya que no se asume el riesgo derivado de la explotación del servicio.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC/KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del Tribunal Administrativo Central de

Recursos Contractuales, TACRC). Descartado por los comparecientes que se trate de un contrato de gestión de servicios públicos por la falta de transferencia del riesgo y porque la remuneración procede íntegramente de la Administración, apreciación que este Órgano comparte, se observa que de la documentación contractual se deduce que la calificación de contrato administrativo especial (cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) no es correcta, ya que concurren las notas propias del contrato de servicios. Este contrato se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquél que consiste en «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Como puede verse, en esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para gestionar directamente (es decir, sin transferencia del riesgo de explotación) un servicio de su propia competencia. Asimismo, no es obstáculo para esta consideración el hecho de que existan inversiones a realizar por el adjudicatario cuya amortización requiere un plazo superior a la duración máxima de este tipo contractual. Este razonamiento ignora que la regulación aplicable a un contrato es la que se deriva de la definición legal, que a su vez se corresponde con la naturaleza de su objeto, y que dicha regulación es la que limita el contenido jurídicamente aceptable del contrato; forzar la naturaleza del contrato para obviar una limitación legal y ampararse así en otra norma más permisiva (los contratos administrativos especiales no tienen un límite expreso de duración) es tanto como intentar eludir el empleo de la regla jurídica aplicable, lo que no es aceptable. Habida cuenta de que el valor estimado del contrato asciende a 123.552.000 euros, no cabe duda, a la vista del artículo 40.1 del TRLCSP, que se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial.

1.4.4 Diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicios

Resolución 21/2015

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Efectuado este análisis, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquélla cuyo objeto comprende « (…) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (…).» En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de

Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10).

En el recurso que se examina, no se da la citada transferencia; la remuneración anual corresponde íntegramente al órgano de contratación, que la abona en cantidades mensuales iguales, y su importe depende únicamente del tanto alzado incluido en la oferta del adjudicatario, sin que experimente variación alguna por la demanda que los usuarios hayan hecho del servicio y siendo irrelevante la tarifa que éstos satisfagan (ver las estipulaciones A y P del Cuadro de características, el apartado B 1 del Cuadro de criterios de adjudicación y la estipulación 26 y el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Por ello, no se entiende el alcance de la cláusula X del Pliego de Prescripciones Técnicas (titulada «Pago de los servicios prestados»), que obliga al adjudicatario a presentar un plan económico – financiero que incluya la aplicación de las tarifas y una proposición de actualización de las mismas.

En definitiva, las características citadas permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público y lo sitúan en la modalidad prevista en el artículo 10 TRLCSP, lo que, habida cuenta de su valor estimado, lo incluye en el ámbito objetivo del recurso especial.

1.4.5 Contrato de obra de remodelación de instalación deportiva y su explotación

Resolución 18/2015

En este sentido, del pliego se deduce que, entre otros, el contrato incluye los siguientes contenidos, relevantes para fijar su naturaleza jurídica a efectos de determinar su sujeción al recurso especial:

- El Pliego tiene por objeto la contratación de la explotación del Estadio de Anoeta con su remodelación; contempla, por tanto, la redacción del proyecto, la ejecución de las obras de reforma y ampliación y la posterior explotación de las instalaciones, así como la reforma del mini estadio de atletismo, obra considerada necesaria para el desarrollo de la remodelación del Estadio (cláusula 1ª).

- Durante la vigencia del contrato, el adjudicatario deberá (cláusula 1ª):

  — explotar las actividades del Estadio, sin término ni limitación, salvo las que establece el propio pliego; se incluyen tanto los derechos de explotación económica como los derechos de uso (cláusula 27ª).

  — prestar y desarrollar las actividades asumiendo el riesgo económico de la explotación y admitir la utilización por todo usuario en las condiciones establecidas y mediante el abono de las contraprestaciones económicas correspondientes.

— adecuar, remodelar y modernizar las instalaciones existentes, ejecutando y pagando las obras objeto del contrato, respondiendo de su correcta ejecución.

— conservar y mantener todas las instalaciones nuevas y aquéllas ya existentes que tras la remodelación permanezcan.

- El contrato tiene un plazo de duración prevista de 50 años, contados a partir de la fecha de formalización, aceptándose propuestas de duración inferior con un mínimo de 40 años (cláusula 5ª).

- El adjudicatario, además de asumir la financiación de la totalidad de las obras descritas en el pliego y los gastos de mantenimiento y explotación de las instalaciones, deberá abonar un canon por la explotación y uso de las instalaciones (cláusula 6ª).

- El adjudicatario podrá hipotecar, con ciertas condiciones, el derecho real de uso (cláusula 37ª, apartado 2).

- AK entregará al adjudicatario 10.000.000 euros para la financiación de la obra, procedentes del Gobierno Vasco, según un convenio que se formalizará entre dicha Administración y el poder adjudicador (cláusula 2ª, apartado 2, y cláusula 22ª, apartado 3).

- El valor estimado del contrato asciende a 47.801.065 euros (cláusula 6ª, apartado 1).

De las citadas cláusulas y, en general, de toda la documentación aportada (incluyendo, por ejemplo, un informe que consta en el expediente y que incluso usa el término «concesión»), se deduce que el contrato es una concesión de obra, definida en el artículo 7.1 TRLCSP como aquél «que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.» Habida cuenta de su valor estimado, el contrato está sujeto a regulación armonizada (artículo 14.1 TRLCSP) e incluido en el ámbito objetivo del recurso especial (artículo 40.1 a) TRLCSP). No es impedimento para esta calificación el hecho de que no vaya a celebrarse por una Administración Pública sino por un poder adjudicador con forma de sociedad mercantil y que eso conlleve su carácter privado y no administrativo. La clasificación de los tipos contractuales contenida en los artículos 6 y siguientes del TRLCSP, que incorporan las definiciones del derecho comunitario, es independiente de la naturaleza administrativa o privada de los contratos, siendo esta distinción, que no aparece en el artículo 7.1 TRLCSP, irrelevante a estos efectos. Debe señalarse que cuando el TRLCSP ha querido que el tipo de la entidad adjudicadora sea determinante para la delimitación del tipo contractual lo ha señalado expresamente: ése es el caso del contrato de gestión de servicio público (que solo puede celebrarse por una Administración Pública o por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según el artículo 8.1 TRLCSP), o del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (que solo puede celebrarse por una Administración Pública o una Entidad pública empresarial o entidad autonómica similar, según el artículo 11.1 TRLCSP).

La discutible alegación del poder adjudicador de que, de las varias prestaciones que comprende el contrato, el objeto principal es la explotación del estadio a riesgo y ventura del adjudicatario durante un máximo de 50 años y a cambio de un canon (lo que implicaría, aunque no lo dice expresamente, calificar el contrato como concesión de servicios de un poder adjudicador que no es Administración Pública, tipo excluido actualmente del ámbito del recurso especial), solo podría llegar a ser considerada si previamente se aceptara que nos encontramos ante un contrato mixto. En un contrato mixto hay prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase (artículo 12 TRLCSP), y todas ellas están amalgamadas en el mismo contrato pero siendo reconocible su naturaleza, incluso aunque algunas de ellas sean accesorias respecto a la que constituye su objeto principal. En el caso analizado las prestaciones que son objeto del contrato no tienen ninguna independencia conceptual porque están ligadas entre ellas por el equilibrio económico propio de la figura de la concesión, no son prestaciones independientes sino contraprestaciones unas de otras, tanto en el sentido jurídico como en el financiero; así, es claro que la inversión que el contratista vaya a realizar para la elaboración de los proyectos y la ejecución de las obras supone un esfuerzo económico que espera inferior al rendimiento que habrá de obtener mediante la explotación del Estadio contra pago de un canon.

Por todo ello, el contrato debe considerarse incluido en el ámbito del recurso especial. La recalificación de la naturaleza del contrato es al único efecto de determinar la competencia del ÓARC / KEAO, sin que se extienda a otros aspectos del pliego que no han sido objeto de recurso porque así lo exige el principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP).

1.4.6 Contrato de explotación de planta de residuos calificado inicialmente como administrativo especial

Resolución 9/2015

SEGUNDO: El poder adjudicador se opone a la admisión del recurso por entender que su objeto es un contrato administrativo especial del artículo 19.1 b) del TRLCSP, que no se encuentra comprendido en el ámbito objetivo del recurso especial que prevé el artículo 40.1 TRLCSP. Las razones de esta calificación jurídica se basan en que la relación contractual se enmarca en el sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados, en que su objeto no es el propio de ninguno de los contratos administrativos típicos, en la heterogeneidad de las prestaciones contratadas, en que las prestaciones se destinan a otras entidades, y en que la retribución no es fija ni la Administración garantiza una rentabilidad mínima al adjudicatario. Por su parte, el recurrente y CESPA estiman que la calificación hecha por el poder adjudicador no vincula al OARC / KEAO y que la verdadera naturaleza del contrato es la de contrato mixto de obras, suministros y servicios, siendo este último el componente más relevante económicamente, lo que conlleva la aplicación de la normativa correspondiente y la admisibilidad del recurso.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el

ámbito del recurso especial –es decir, a la hora de verificar su propia competencia– no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC).

En este sentido, se observa que del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se deduce que el contrato incluye las siguientes prestaciones:

- la explotación de la planta de clasificación y separación de residuos de envases ligeros de la Mancomunidad de San Marcos, incluyendo la entrega de los materiales recuperados a un recuperador o reciclador designado por la empresa pública ECOEMBES.

- la ejecución de obras e instalaciones previstas a realizar a la actual instalación para su adecuación al nuevo proyecto de explotación a proponer por los licitadores.

- el adjudicatario conservará y mantendrá las instalaciones en perfectas condiciones de uso, incluyendo las labores periódicas de reparación o sustitución de elementos deteriorados por el uso y el mantenimiento correctivo y preventivo.

Por otro lado, el coste del contrato lo abonará la Mancomunidad en función del precio resultante de la adjudicación. El Anexo I del PCAP especifica el método de cálculo de la remuneración, a la que se aplica un porcentaje de descuento ofertado por el adjudicatario y un incentivo en función de los kilogramos recuperados de cada material y entregados al reciclador y de la efectividad anual de la Planta de Selección; finalmente, a la cantidad resultante hay que restar 100.000 euros anuales en concepto de amortizaciones a cargo de la Mancomunidad.

De lo anterior se deduce que las prestaciones pueden incardinarse sin dificultad en tres tipos contractuales típicos: los servicios (de mantenimiento), los suministros (del material recuperado que se entrega al recuperador o reciclador) y la obra (en las instalaciones), tal y como éstos se definen en los artículos 6, 9 y 10 del TRLCSP. En particular, hay que resaltar que ni en la definición de los suministros ni en la de los servicios se considera relevante que el destinatario de la prestación sea el poder adjudicador u otra persona distinta. Debe descartarse pues que nos encontremos ante un contrato administrativo especial, pues esta categoría contractual se caracteriza, según el artículo 19.1 b) TRLCSP, por su declaración expresa en una Ley –que no es el caso– o por tener un objeto distinto que el de los contratos administrativos típicos.

Por otro lado, no es cierto, a pesar de que los Pliegos usen esos términos, que haya en el contrato «explotación de un servicio», pues no se trata de ofrecer prestaciones a terceros que pueden o no demandarlas y, que, en caso de recibirlas, pagan por ellas un precio al adjudicatario; sino de una actividad propia de la Mancomunidad que esta realiza mediante

contrato con una empresa y cuyo precio ella misma satisface. En el mismo sentido, tampoco hay ninguna transferencia o asunción del riesgo, más allá de la que se predica con carácter general para cualquier contrato administrativo (artículo 215 del TRLCSP), pues es común en los contratos de servicios o suministro de tracto sucesivo que la remuneración dependa de las unidades realmente entregadas (artículo 9.3 a) del TRLCSP) y de aplicación general que el precio pueda variar en función del cumplimiento de objetivos (artículo 87.4 TRLCSP). Por ello, debe descartarse que el contrato analizado pueda ampararse en las figuras de concesión de obra (artículo 7 del TRLCSP) o concesión de servicios (artículos 8 y 277 a) del TRLCSP).

A la vista de lo anterior, hay que concluir que, al concurrir los rasgos de varios contratos típicos, deben aplicarse las normas propias del contrato mixto para determinar cuál es la normativa aplicable al régimen de recursos. El artículo 12 TRLCSP establece que «cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico», precepto que este Órgano entiende que se extiende a la determinación del régimen de impugnación de los actos del procedimiento de adjudicación, pues los recursos se insertan dentro de él. Este precepto debe matizarse con la jurisprudencia comunitaria (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/4/2007, asunto C-220/05, de 21/2/2008, asunto C-412/04, y de 6/5/2010, asunto C-145/08), de la que se deduce que la determinación del régimen jurídico de un contrato mixto no puede suponer que se eluda la aplicación de las Directivas si la prestación considerada principal tras un análisis global y funcional del contrato es la propia de un contrato sujeto a ellas. Esta situación indeseada puede darse cuando concurren en un mismo negocio jurídico prestaciones del contrato de obras (cuyo umbral para la regulación armonizada está en 5.186.000 euros de valor estimado) y prestaciones de servicios o suministros (sujetos al recurso especial a partir de los 207.000 euros). Si se aplicara únicamente el criterio del artículo 12 TRLCSP, podría suceder que a un contrato cuyo objeto principal sea un servicio o suministro cuyo valor estimado conlleve su sujeción al recurso especial no se le apliquen las normas correspondientes porque también incluye obras, accesorias respecto al objeto principal pero cuantitativamente más relevantes, aunque no alcancen el umbral de armonización que marca la sujeción al recurso especial. En el caso analizado no consta expresamente en el PCAP el valor estimado. Sin embargo, sí es claro, y las partes no lo discuten, que el objeto principal es la actividad de clasificación, separación y entrega de envases ligeros, actividad propia que la Administración pretende externalizar, y que las obras en la instalación son accesorias en el sentido de que su finalidad está subordinada a la mejor consecución de dicho objeto. Dado que el presupuesto anual del contrato asciende a los 2.100.000 euros, sin IVA (punto 7.1 del PCAP), se superan ampliamente los 207.000 euros que permiten considerar el contrato como sujeto al recurso especial en las categorías de servicios y suministros. Por todo ello, el recurso debe admitirse a trámite. La recalificación de la naturaleza del contrato tiene efectos únicamente en el ámbito procesal, sin que quepa extenderlo al análisis de la compatibilidad del contenido de los Pliegos con el régimen jurídico de su verdadera tipología, cuestión distinta y en la que el OARC / KEAO, de acuerdo con el principio de congruencia (artículo 47.2 del TRLCSP), no va a entrar por no ser objeto del recurso.

1.4.7 Concierto sanitario calificado inicialmente como contrato de gestión de servicio público

Resolución 2/2015

La cuestión de fondo planteada por el recurso es si la calificación del contrato es de servicio o de gestión de servicio público en la modalidad de concierto, cuestión que, con alcance meramente procesal, ya se ha tratado anteriormente. Toca ahora reiterar que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia europea ya citadas, no cabe duda de que el contrato tiene naturaleza de contrato de servicios. La inserción de la figura del concierto recogida en el artículo 277 c) del TRLCSP dentro del concepto comunitario de contrato de servicios está expresamente resuelta, aunque de manera incidental, por el apartado 32 de la sentencia del TJUE de 27/10/2005, asunto C-158/03, señalando la inexistencia de transmisión de riesgos y la remuneración directa por la Administración como datos decisivos.

Debe matizarse ahora el alcance del hecho de que el contrato impugnado sea un contrato de servicios para el derecho comunitario. La Directiva 2004/18 distingue dos grandes tipos de servicios a efectos de su grado de sujeción a las normas sobre procedimientos de adjudicación. Por un lado, los contratos de servicios que figuran en el Anexo II A, que se adjudican con arreglo a los artículos 23 a 55 y que se corresponden sustancialmente con los servicios sujetos a regulación armonizada del artículo 16 del TRLCSP (artículo 20 de la Directiva 2004/18), y por otro, los contratos de servicios que figuran en el anexo II B, cuya adjudicación sólo está sujeta al artículo 23 (especificaciones técnicas) y al apartado 4 del artículo 35 (publicación de la adjudicación), según establece el artículo 21 de la Directiva. A este segundo grupo (los denominados «servicios no prioritarios») pertenecen las prestaciones que son objeto del contrato impugnado, incluidas en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP (servicios sociales y de salud), epígrafe 85143000-3 (servicio de ambulancias) del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV). El mandato de incorporación al ordenamiento interno del citado artículo 21 está ampliamente satisfecha para los servicios no prioritarios por el TRLCSP con una normativa que es, al igual que sucede en muchos otros aspectos (procedimiento de adjudicación, p.ej.) idéntica a la prevista para los servicios sujetos a regulación armonizada. La citada regulación es igualmente aplicable a los contratos de gestión de servicio público en su modalidad de concierto. En este sentido, el hecho de que la legislación interna califique como conciertos contratos que la normativa europea considera contratos de servicios es irrelevante, pues lo verdaderamente fundamental es que se incorporen los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18. Salvada esa exigencia, y la de que los contratos considerados de servicios en el ámbito europeo tengan acceso al recurso especial sea cual sea su naturaleza o denominación nacional, el legislador de cada Estado miembro es libre para configurar la preparación, adjudicación y ejecución de los servicios no prioritarios como le parezca más oportuno, siempre que se respeten los principios generales de los Tratados de la UE (igualdad de trato, no discriminación por razón de nacionalidad, transparencia, etc.). Partiendo de esa libertad de regulación, y a la vista de la documentación que consta en el expediente se observa lo siguiente:

a) El artículo 10 TRLCSP considera contratos de servicios «aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro. A los efectos de esta

Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II». Este precepto reproduce, como ya se ha dicho, el artículo 1.2 de la Directiva 2004/18. No hay duda de que el contrato analizado satisface esta definición.

b) El artículo 8.1 TRLCSP define el contrato de gestión de servicio público como « (…) aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua competente». También parece claro que se satisface esta definición, puesto que el objeto del contrato es un servicio público competencia de la Administración de la CAE y que el ciudadano tiene derecho a percibir en los términos legalmente previstos y dicha Administración la obligación de prestar, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, en relación con el art. 7.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y el art. 6 y Anexo VIII del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, el concierto es una modalidad de contrato de gestión de servicio público caracterizado por formalizarse con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate (artículo 277 c) TRLCSP), definición en la que, en principio, cabe perfectamente la prestación analizada. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con las otras modalidades de contrato de gestión de servicio público (concesión, sociedad de economía mixta y gestión interesada, las cuales sí coinciden sustancialmente con la concesión en el sentido del derecho europeo) el concierto no requiere la transferencia del riesgo o el pago por los beneficiarios del servicio; de hecho, el artículo 6.1 c) del Decreto 77/1997 establece que los servicios de transporte sanitario entran en la categoría de conciertos sanitarios y su forma de retribución prevista es una tarifa pagada por la Administración contratante.

La anomalía que supone que la misma prestación pueda incardinarse en dos figuras contractuales diferentes obedece a que la regulación del contrato de gestión de servicio público en el TRLCSP está basada en la idea, tradicional en el Derecho Administrativo español, de que el rasgo fundamental de este contrato es su vinculación con un servicio público definido en sentido estricto y previamente dotado de un régimen jurídico que lo configure, sin que sea imprescindible la transferencia del riesgo que pide el derecho europeo para la concesión, la cual puede darse en algunas modalidades (concesión, sociedad de economía mixta, gestión interesada) y no en otras (concierto). Por el contrario, la definición de contrato de servicios en el artículo 10 del TRLCSP recoge el carácter residual y amplio que este tipo tiene en la Directiva 2004/18.

Debe recordarse que antes del TRLCSP, el contrato de servicios debía ser «complementario del funcionamiento de la Administración», lo que lo distinguía del contrato de gestión de servicio público, cuyo destinatario siempre era la ciudadanía; eliminada ahora esa distinción, no hay diferencia sustancial entre el contrato de servicios y el concierto, como no sea que en este último existe un servicio público reglado, nota posible pero no estrictamente necesaria en el primero. La cuestión debe resolverse en el ámbito del derecho interno, pues, en este caso, referido a servicios no prioritarios, los requisitos del derecho comunitario se cumplen

tanto en la normativa nacional del concierto como en la del contrato de servicios, siempre que no se limite el acceso al recurso especial de todos los contratos que, como el analizado, para la Directiva 2004/18 son de servicios. Consecuentemente, se puede afirmar que, en principio, en el marco del TRLCSP, el servicio de ambulancias puede ser objeto tanto de un contrato de servicios como de un contrato de gestión de servicio público (ver, por ejemplo, la Resolución 267/2013 del TACRC), si bien, en ambos casos, con sujeción al marco legal elegido.

1.4.8 Contrato calificado como «concesión urbanística»

Resolución 59/2015

Tanto el poder adjudicador como la UTE TXOMIN BERRI solicitan la inadmisión de la impugnación por no estar su objeto comprendido en el ámbito del recurso especial. El primero alega que la concesión urbanística recogida en el artículo 174.3 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo y en el artículo 211 del Reglamento de Gestión Urbanística (en adelante, RGU) es un contrato administrativo especial, en el que el concesionario participa de la condición de concesionario de servicio público y de contratista de obras, que asume una función pública (la urbanización de un ámbito señalado); dado que la contrapartida a la ejecución de la obra no es su explotación sino la propiedad de los solares urbanizados, no cabe la calificación de concesión de obra que pretende MURIAS. La UTE TXOMIN BERRI niega también que consten las notas propias de la concesión de obra pública (realización de una obra, derecho a su explotación como contrapartida, transferencia de la responsabilidad de explotación, pago por los usuarios o por la propia Administración pero en función de la demanda de uso…) y estima también que se trata de un contrato administrativo especial.

Es doctrina reiterada –expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014– que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial, es decir, a la hora de verificar su propia competencia, no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos; es más, ni siquiera está vinculado por la calificación otorgada al negocio jurídico en leyes especiales (ver las Resoluciones 203 y 220/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Por el contrario, debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar su contenido con la legislación contractual y, especialmente, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo de contrato que el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes. Llegados a este punto, el análisis debe partir de que el objeto del contrato impugnado, según el apartado I.2 del Pliego de Cláusulas Técnicas, Económicas y Administrativas es el siguiente:

> 1.2. CONCESIÓN URBANISTICA. OBJETO
>
> La concesión urbanística comprenderá:
>
> - La ejecución de la urbanización completa del ámbito de la Unidad de Ejecución 1 de acuerdo con el documento que ha sido Incorporado como Anexo I y conforme a lo señalado en los epígrafes 1.4 y III.3 del presente Pliego.

- La redacción del Proyecto de Construcción y la ejecución completa de las obras del «Anteproyecto de la modificación de la cota de rasante del Paseo de Aintzieta» de acuerdo con el documento que ha sido incorporado como Anexo II, con arreglo a lo señalado en el epígrafe 1.4 del presente Pliego.
- La construcción para el Ayuntamiento de San Sebastián, de los edificios de viviendas libres que está previsto destinar a realojos a desarrollar en las concretas parcelas a.300.5A y a.300. 7 de acuerdo con los Proyectos de ejecución elaborados por Arkilan que se incorporan como Anexo III, y de acuerdo con las concretas especificaciones indicadas en los epígrafes I.5.1 y III.4 de este Pliego.
- La construcción para el Ayuntamiento de San Sebastián o su Entidad Pública Empresarial de Vivienda, de acuerdo con las condiciones que se especifican en los epígrafes I.5.4. y III.4 del presente Pliego, de las viviendas de protección oficial y resto de aprovechamientos previstos desarrollar en la parcela a.300.6.
- La promoción y construcción, de acuerdo con las condiciones que se especifican en el epígrafe I.5.2 y III.4 del presente Pliego, de la edificación prevista desarrollar para vivienda tasada en la parcela a.300.5B, con la entrega, -en las condiciones señaladas en el primero de aquellos epígrafes, al Ayuntamiento o a las personas que éste designe, de los concretos inmuebles que se señalan en el mismo.
- La promoción y construcción, de acuerdo con las condiciones que se especifican en el epígrafe I.5.3 y III.4. del presente Pliego, de las edificaciones para viviendas libres y tasadas previstas desarrollar en las parcelas a.300.3, a.300.4A, a.300.4B.

El concesionario recibirá del Ayuntamiento, en las condiciones que se detallan en el epígrafe 1.3 .del presente Pliego:

- La titularidad del pleno dominio, en las condiciones establecidas en los epígrafes I.5.3 y III.2. del presente Pliego, de las parcelas a.300.3, a.300.4 y a.300.4.B para su promoción, construcción y venta.
- La titularidad del pleno dominio de la parcela a.300.5B para su promoción, construcción y venta, sujeta a las obligaciones de entrega previstas en los epígrafes I.5.2 y III.2. de este pliego.
- La titularidad del pleno dominio de determinados bienes inmuebles cuyo desarrollo está previsto sobre las parcelas a.300.7 y a.300.5A, en las condiciones que se describen en el epígrafe I.5.1 del presente Pliego.

A su vez el concesionario percibirá:

- Una contribución económica máxima por parte del Ayuntamiento de San Sebastián al conjunto de la concesión por un importe de 21.378.405 euros (IVA no incluido) o, en caso, la cantidad inferior a ésta que hubiere sido fijada por el concesionario al momento de presentar su oferta, de acuerdo con las condiciones que se señalan en los epígrafes I.4.1 y I.7 de este Pliego.

El Ayuntamiento quedará como titular del resto del suelo con sus edificabilidades urbanísticas del ámbito.

Quedarán, en concreto, de titularidad municipal:

- las parcelas residenciales:
- a.300.1
- a.300.2
- a.300.5A
- a.300.6
- a.300.7
- las parcelas de equipamiento comunitario:
- g.000.1
- g.000.2
- g.000.3
- g.000.4
- el suelo destinado a «vías urbanas y aceras y carriles bici», «espacios libres urbanos», «espacios libres comunes», y cuantos espacios se destinen al uso público, así como todos los elementos de urbanización e infraestructuras de servicios en ellos alojados.»

A la vista de todo ello, a juicio de este OARC / KEAO, puede descartarse que se trate de un contrato de concesión de obra pública, porque no consta que lo construido sea susceptible de explotación mediante el cobro de una contraprestación a los usuarios que las utilicen, ni tampoco existe una fórmula en la que dicho pago, calculado en función de la demanda, lo asuma la propia Administración.

Procede analizar también si concurren las notas propias del contrato de obras. Esta modalidad contractual se define en el artículo 6.1 TRLCSP, traslación casi mimética del artículo 1.2 b) de la Directiva 2004/18, como la que tiene por objeto «La realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante», añadiendo que «además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.» El artículo 6.2 TRLCSP añade que «Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

Es claro que el objeto del contrato es la realización de obras comprendidas en el Anexo I del TRLCSP (ver, por ejemplo, las clases 45.21 y 45.23 de dicho Anexo). También consta que las citadas obras responden a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, ya que es precisamente el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián quien ha adoptado en el Pliego «las medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos,

a ejercer una influencia determinante en su proyecto» (apartado 67 de la sentencia del TJ de 25/3/2010, asunto C-451/08, «Helmut Müller»); conviene añadir que dichas medidas se adoptan en el ámbito de un contrato, y no simplemente en ejercicio de las facultades de control de la legalidad urbanística que competen al Ayuntamiento (apartado 69 de la misma sentencia). Hay que señalar que el hecho de que algunas de las obras no vayan a ingresar en el patrimonio del poder adjudicador o que una parte de la contraprestación vaya a ser abonada por terceros distintos de éste (los compradores de las viviendas libres y tasadas) es irrelevante a la hora de considerar la existencia de un contrato de obras (sentencia del TJ de 18/1/2007, asunto C-220/05, «Auroux»); asimismo, también es indiferente que una parte de la contraprestación no vaya a ser abonada en metálico sino en otros bienes económicamente evaluables, pues ello no es obstáculo para que exista la onerosidad que el artículo 2.1 TRLCSP establece como elemento constitutivo de los contratos del sector público; dicha onerosidad consiste en «que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación», sin que ello excluya el pago en especie (apartado 48 de la sentencia de 25/3/2010, antes citada, y la Resolución 78/2014 del OARC / KEAO).

Consecuentemente, a los efectos de considerar su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, el contrato impugnado es un contrato de obras, habida cuenta de su valor estimado, superior al umbral de armonización (artículo 14 TRLCSP). Conviene recordar que, como ya estableció este OARC / KEAO en su Resolución 2/2015, dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de obras debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación, naturaleza o regulación se reputen distintas en el TRLCSP o en el resto del derecho interno. No obstante, una vez salvada esa exigencia y la de que se incorporen los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18, el legislador de cada Estado miembro es libre para configurar el nombre y el régimen jurídico del contrato como le parezca más oportuno. Partiendo de ese ámbito de libertad de regulación, y a la vista de los artículos 174.3 de la Ley 2/2006 y 211 del Reglamento de Gestión Urbanística, en concordancia con el artículo 19.1 b) TRLCSP, no hay inconveniente para considerar el negocio como un contrato administrativo especial.

1.4.9. Contrato de limpieza viaria calificado inicialmente de gestión de servicio público

Resolución 118/2014

QUINTO: El contrato es susceptible de ser impugnado por la vía del recurso especial. No obstante, conviene aclarar que dicha impugnabilidad no se basa en que se trate de un contrato de gestión de servicio público (denominación que los pliegos dan al contrato) con un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años (artículo 40.1 c) TRLCSP). Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones

49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). En este sentido, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquélla cuyo objeto comprende « (…) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (…).». En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo. La ausencia de dicha transferencia y el hecho de que la remuneración proceda íntegramente del poder adjudicador son precisamente las características que permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público, como pretende la denominación contenida en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10).

1.4.10. Cesión de espacios para inserción de publicidad

Resolución 91/2016

PRIMERO: El poder adjudicador considera que el recurso debe inadmitirse porque se trata de un negocio jurídico excluido del ámbito del TRLCSP, y por lo tanto, no es aplicable la normativa sobre el recurso especial (artículos 40 y siguientes del TRLCSP); en concreto, se señala que el artículo 4.1 o) del TRLCSP excluye del ámbito de dicha Ley «las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley». La apreciación del OARC / KEAO sobre esta alegación debe partir del contraste de la normativa sobre contratación pública con el objeto del contrato impugnado (punto 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, PPT):

> 1. Objeto
>
> El objeto del presente Concurso la adjudicación del contrato de explotación de publicidad de la totalidad de las estaciones de Metro Bilbao mediante la explotación publicitaria de los 671 soportes publicitarios estáticos (OPPIS), de los soportes ubicados en los exteriores de las estaciones (paneles exteriores de información con publicidad en vinilo en una de las caras), de

> los elementos de mobiliario, máquinas validadoras, así como de un mínimo de 10 soportes digitales de 70» a instalar por el adjudicatario (ver Anexo 4). La relación de las estaciones de la red de Metro Bilbao que se explotarán publicitariamente así como la relación de elementos actualmente instalados que se pondrán a disposición del adjudicatario para que pueda realizar su explotación publicitaria se encuentran en los Anexos 2, 3 y 4 de este Pliego de Condiciones.
>
> Metro Bilbao podrá acometer, al margen del presente pliego, acciones publicitarias distintas de las previstas en el párrafo anterior. Por otro lado, dichas acciones publicitarias podrán ser encomendadas, en su caso, al adjudicatario bajo los términos que ambas partes acuerden.

El artículo 4.1 o) del TRLCSP excluye del ámbito del esta norma determinados contratos patrimoniales que, en principio, satisfacen la definición general de «contrato público» contenida en el artículo 2.1 TRLCSP, caracterizada por las notas de onerosidad y bilateralidad. En sentido similar, el artículo 2.1 5) de la **Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que se deroga la Directiva 2004/18/CE**, define los contratos públicos como aquéllos «celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios», pero en su artículo 10 a) excluye de su ámbito «la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes». Por su parte, la **Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión**, define en su artículo 5 las concesiones que constituyen su ámbito objetivo como contratos a título oneroso celebrados por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios a uno o más operadores económicos, siendo la contrapartida bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago; no obstante, el artículo 10.8 a) excluye de su ámbito las concesiones de servicios destinadas a la adquisición o el arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, en términos casi idénticos al artículo 10 a) de la Directiva 2014/24 y el artículo 4.1 o) TRLCSP. Debe precisarse que una gran parte de la citada Directiva 2014/23/UE es susceptible de producir efecto directo por no haber sido incorporada al Ordenamiento interno en el plazo marcado y ser su contenido lo suficientemente preciso, claro e incondicionado como para ser invocado por los particulares frente a los poderes adjudicadores; en este caso están, desde luego, los artículos que se refieren a la propia definición del concepto de «concesión de servicios» sujeta a la Directiva y los que incluyen esta modalidad contractual en el ámbito del sistema de recursos contractuales (ver los artículos 5 y 46 de la Directiva 2014/23 y el Documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los tribunales y órganos encargados de los recursos contractuales, publicado en la web del OARC / KEAO y a cuyo contenido se remite este Órgano a los efectos de la presente Resolución).

Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos sujetos a la legislación europea y nacional sobre contratación pública, y en concreto, al recurso especial (artículo 40.1 TRLCSP), o si concurren en él las

características propias de los contratos patrimoniales excluidos de ella. Los dos posibles tipos en los que en los que puede incardinarse el contrato son el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios. Ambos tienen en común que su objeto es un servicio, radicando la diferencia en la contraprestación; si en el contrato de servicios es un precio, en la concesión de servicios es el derecho a explotar dicho servicio, acompañado, en su caso, de un precio. Pues bien, en el contrato impugnado el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno, lo que descarta que pueda tratarse de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido, la muy reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, descarta, con argumentos que pueden extenderse también al contrato de servicios, que pueda considerarse una concesión de servicios un negocio jurídico cuyo objeto sea «el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos en los que el Estado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora establecen únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos» (apartados 44 a 48 de la sentencia, que se remiten también a las sentencias del TJ de 11 de junio de 2009, C-300/07, ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23). En la misma línea, las Conclusiones del Abogado General correspondientes a la citada sentencia, de fecha 25 de febrero de 2016, ECLI:EU:C:2016:122, especifican en sus apartados 64 y 65 que en las concesiones sujetas a la Directiva 2014/23 hay «una actividad de servicios específicamente confiada por una autoridad pública que estuviera sujeta a requisitos específicos definidos por tal autoridad» y que no pueden incluirse en dicha Directiva los contratos patrimoniales en los que «el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o los servicios». A la vista de lo anterior, debe concluirse que el objeto del negocio impugnado no es la adquisición de un servicio, sino la cesión onerosa de bienes inmuebles para que los explote un particular mediante la contratación con anunciantes de acuerdos de exhibición de publicidad en los espacios cedidos; dichos acuerdos no instrumentan un servicio propio del ámbito competencial del poder adjudicador que éste desee prestar a terceros por medio del adjudicatario de un contrato de servicios o de una concesión. Téngase en cuenta que no hay una obligación de contratar la exhibición publicitaria con todos los operadores económicos que cumplan ciertos requisitos predeterminados por el poder adjudicador, siendo libre el adjudicatario para decidir con quién contrata; esta libertad sería inconcebible en el contrato de servicios o la concesión, que no son sino fórmulas a disposición de los poderes públicos para ejecutar prestaciones en favor de todas las empresas o ciudadanos que sean destinatarios de ellas según lo previsto en la legislación aplicable (servicio público «stricto sensu») o en las condiciones establecidas en los pliegos.

Lo anterior no se ve empañado por el hecho de que el apartado 1 del PPT hable de otras «acciones publicitarias» (término que pudiera evocar la adquisición por el poder adjudicador de servicios de difusión publicitaria), pues están «al margen del presente pliego» y no tienen por qué ser encomendadas al adjudicatario; si, efectivamente, se atribuyeran a dicho adjudicatario, habría que estar a su contenido y naturaleza para fijar el régimen jurídico aplicable, sin que pueda emitirse en este momento ningún juicio sobre ellas. Finalmente, se observa que las prescripciones que regulan la cesión no se refieren tanto a la configuración del servicio o a la obligatoriedad de prestarlo como a otras cuestiones accesorias al objeto principal de la cesión (mantenimiento, limpieza, etc.) o destinadas a delimitar el alcance

de la actividad por razones estéticas, de legalidad de la publicidad exhibida o de correcto funcionamiento del servicio de transporte, objeto típico del poder adjudicador.

Por todo ello, el recurso debe inadmitirse por no ser su objeto uno de los contratos comprendidos en el artículo 40.1 TRLCSP.

1.4.11 Convenio para la cofinanciación de un contrato de obras

Resolución 116/2016

ÚNICO: La recurrente considera que el objeto del convenio impugnado es un contrato de gestión de servicios, que su modificación se rige por los artículos 105 a 108 del TRLCSP y que el incumplimiento de estas normas es alegable mediante el recurso especial. Por el contrario, el poder adjudicador entiende que el recurso debe inadmitirse porque se trata de un convenio de contenido patrimonial que queda fuera del ámbito del recurso especial; en todo caso, el artículo 40.2 TRLCSP excluye del ámbito del recurso especial las modificaciones contractuales no previstas.

Es doctrina reiterada (ver, por todas, la Resolución 75/2016) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le hayan dado las partes, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastarla con el TRLCSP y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual tienen efecto directo, según se expresa, por ejemplo, en el documento «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los tribunales administrativos de recursos contractuales y disponible en la web de este OARC / KEAO. Por ello, el análisis de la cuestión debe partir del contenido del convenio impugnado que, en síntesis, es el siguiente:

a) El objeto es establecer las condiciones de colaboración de la RS con Anoeta Kiroldegia, S.A. (AK) para la remodelación del estadio de Anoeta y del miniestadio anexo; asimismo, se determinan los términos en los que se modificará el vigente convenio de colaboración para el uso y explotación del estadio, que ambas entidades suscribieron el 5 de agosto de 1993.

b) RS se compromete a aportar a AK el 50% del coste de las remodelaciones. RS aportará también el resto del coste total definitivo de las obras, descontando las aportaciones del Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Gipuzkoa una vez excluidas de las mismas las cantidades destinadas a Kirol Etxea, Kultur Etxea y Federación Guipuzcoana de Fútbol; esta aportación se realiza en concepto de canon por un nuevo plazo de duración a partir de la vigencia del presente convenio, que las partes fijan en el día 5 de agosto de 2033, hasta el 5 de septiembre de 2067.

c) AK se compromete a salvaguardar en lo posible el uso y explotación de las instalaciones y servicios del estadio, garantizando la actividad futbolística durante los trabajos de remodelación.

d) Se modifican varios apartados del convenio suscrito el 5 de agosto de 1993, en concreto las estipulaciones relativas a la duración del convenio, derechos de explotación económica, derechos de uso, responsabilidad de RS, preferencia de uso y exclusividad, obras, mantenimiento, cobertura de responsabilidad civil, autorización para otros usos y explotaciones, incumplimiento del convenio, control e inspección, naturaleza privada del convenio, cuestiones litigiosas y Comisión de seguimiento.

Por su parte, el convenio de 5 de agosto de 1993 tiene por objeto reconocer a RS el derecho a usar en exclusiva el estadio en todo lo relativo a la modalidad deportiva futbolística como contrapartida a su contribución económica a su construcción; en particular, son derechos de RS la íntegra explotación de cuantos espectáculos futbolísticos organicen en el estadio la propia RS o los organismos deportivos nacionales e internacionales.

Como ya señaló este OARC / KEAO en la Resolución 91/2016, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, define en su artículo 5 este tipo contractual como un contrato oneroso celebrado por escrito por el cual uno o más poderes adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios a uno o más operadores económicos, siendo la contrapartida bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con el pago de un precio. No obstante, el artículo 10.8 a) de esta Directiva excluye de su ámbito las concesiones de servicios destinadas a la adquisición o el arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, en términos muy similares a cómo el artículo 4.1 o) TRLCSP excluye del ámbito de esta norma las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7 como concesiones de obra.

Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si, como estima la recurrente, el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos de concesión de servicios sujetos a las Directiva 2014/23, o si concurren en él las características propias de los contratos patrimoniales, excluidos de ella y del TRLCSP. En una concesión de servicios se trata de adquirir de un servicio, siendo la contraprestación el derecho a explotar dicho servicio, acompañado, en su caso, de un precio (artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23). Pues bien, en el contrato impugnado el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, descarta que pueda considerarse una concesión de servicios un negocio jurídico cuyo objeto sea «el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos en los que el Estado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora establecen únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos» (apartados 44 a 48 de la sentencia, que se remiten también a las sentencias del TJ de 11 de junio de 2009, C-300/07,

ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23). En la misma línea, las Conclusiones del Abogado General correspondientes a la citada sentencia, de fecha 25 de febrero de 2016, ECLI:EU:C:2016:122, especifican en sus apartados 64 y 65 que en las concesiones sujetas a la Directiva 2014/23 hay «una actividad de servicios específicamente confiada por una autoridad pública que estuviera sujeta a requisitos específicos definidos por tal autoridad» y que no pueden incluirse en dicha Directiva los contratos patrimoniales en los que «el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o los servicios». A la vista de lo anterior, debe concluirse que el objeto del negocio impugnado no es la adquisición de un servicio, sino la cesión de un bien inmueble para que lo explote un particular, pero no se instrumenta un servicio propio del ámbito competencial del poder adjudicador que éste desee prestar de modo indirecto por medio del adjudicatario.

Lo anterior no se ve empañado por el hecho de que el negocio patrimonial se acompañe de cláusulas que obligan a RS a sufragar una parte de la obra de remodelación que en su día vaya a realizar AK, porque tales estipulaciones no desmienten la naturaleza patrimonial del objeto del negocio, y porque, en todo caso, un acuerdo para cofinanciar una obra no es un contrato de obras, el cual se define por ser un negocio por el que un poder adjudicador encomienda una obra a un tercero a cambio de un precio.

1.4.12 Sujeción a recurso especial, excepto en los umbrales, de una administración pública que actúa en el ámbito de la Ley 31/2007

Resolución 96/2016

SEGUNDO: De acuerdo con el apartado 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) en contrato tiene por objeto «(…) regular la contratación del suministro de aluminio líquido en las Estaciones de Tratamiento de agua del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (en adelante CABB) listadas a continuación, así como establecer las condiciones técnicas que debe reunir el contrato de dicho suministro y definir el alcance de los compromisos del contratista para garantizar la buena marcha del mismo.» Por consiguiente, el contrato consiste en el suministro de un producto necesario para la distribución de agua potable por el CABB. En este sentido, el contrato pretende satisfacer una de las actividades previstas en el artículo 7.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos especiales de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Según el artículo 1.1 de los Estatutos de julio de 2015, el CABB mantiene el carácter de entidad local que ha venido ostentando desde su constitución, de modo que a efectos de la contratación del sector público tiene la consideración de Administración Pública (artículo 3.2 del TRLCSP).

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 31/2007 «Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los contratos que celebren los entes, organismos y entidades que, con arreglo al artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada Ley, en todo caso y sin

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de esta Ley, si bien los interesados podrán utilizar el procedimiento de conciliación regulado en el Capítulo IV del Título VII.»

Por tanto, al ser el CABB una Administración Pública, el recurso debe resolverse conforme a lo previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP, sin perjuicio de que para fijar la competencia de este OARC / KEAO se deberán tener en cuenta los umbrales del artículo 16 de la Ley 31/2007, que en lo referente al contrato de suministro en su letra a) fija un importe de 418.000,00 €. A este respecto, el apartado 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) del contrato estable que su valor estimado asciende a 2.145.000,00 €, luego es objeto de revisión por este Órgano Resolutorio.

1.4.13 Contrato de seguridad de una entidad que opera en el ámbito del transporte. Efecto directo del ámbito objetivo de la Directiva 2014/25, desplazamiento del artículo 22.2.6º del RPEMRC

Resolución 137/2016

SÉPTIMO: Con carácter previo, EUSKOTREN alega en su informe la inadmisión de la reclamación porque el objeto del contrato es un servicio de seguridad que, a su juicio, no es recurrible; fundamente su parecer en que de conformidad con el artículo 22.2.6º del RPERMC «Cuando se trate de los contratos incluidos en las categorías del Anexo II B de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no se admitirá la reclamación contra el acto de adjudicación, los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales y actos precedentes del procedimiento de adjudicación de tales contratos, salvo que ésta tenga por objeto impugnar las prescripciones técnicas reguladas en el artículo 34 de dicha Ley.»

El análisis de la inadmisión planteada por EUSKOTREN debe partir de la premisa de que el 28 de marzo de 2014 tuvo lugar la publicación en el DOUE de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; la aprobación de la nueva Directiva conllevó la modificación de la Directiva 92/2013/CEE, de 25 de febrero, de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones[2]. Como es conocido, transcurrido el plazo de su transposición, que finalizó el día 18 de abril de 2016, los preceptos de las Directivas que sean suficientemente precisos e incondicionados pueden ser invocados por los particulares frente a los poderes públicos y son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga.

De acuerdo con la nueva redacción del párrafo 1º del artículo 1.1, la Directiva 92/2013/CEE « (…) se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo

[2]La modificación tiene lugar en el artículo 47 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesiones.

y del Consejo (*), salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 18 a 24, con los artículos 27 a 30 y con los artículos 34 o 55 de dicha Directiva.» A tenor del párrafo 4º del propio artículo 1.1 de la Directiva «En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.» Finalmente, el artículo 1.2 de la Directiva señala que «Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.»

El anuncio de licitación publicado en el DOUE (2016/S 104-186690, de 1 de junio de 2016), en su apartado II.1.6) «Vocabulario común de contratos públicos (CPV)», incluye el objeto del contrato en cuestión en el CPV 79700000, código que abarca los «Servicios de investigación y seguridad» del anexo XVII de la Directiva 2014/25/UE, regulados en el capítulo I del título III (artículos 91 a 94) de la misma, que no se encuentran entre los excluidos por el párrafo 1º del artículo 1.1 de la Directiva 92/2013/CEE.

En consecuencia, la reclamación está dentro del ámbito de la Directiva 92/2013/CEE, debe admitirse a trámite y desestimarse la petición de inadmisión de EUSKOTREN.

1.4.14 Inserción de publicidad exterior en autobuses de empresa concesionaria de transporte urbano por carretera

Resolución 138/2017

TERCERO: Según el artículo 101.1 de la Ley 31/2007, las reclamaciones solo pueden interponerse en relación con contratos cuyos procedimientos de adjudicación se recogen en dicha Ley. Expresado de otro modo, no caben reclamaciones contra procedimientos de adjudicación de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007. Este OARC / KEAO estima que esta exclusión concurre en este caso, ya que el contrato no se celebra para un fin relacionado con la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la Ley (ver el artículo 18.1 de la Ley 31/2007); téngase en cuenta que el objeto contractual no es la adquisición de un servicio que BIOBIDE necesite para la prestación del servicio público de transporte que indirectamente gestiona, sino el aprovechamiento económico de la flota de autobuses como soporte publicitario explotado por un tercero. Por todo ello, la reclamación debe ser inadmitida, según dispone el artículo 22.2.3º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

1.5 PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA COMPETENCIA DEL OARC / KEAO

1.5.1 Está sujeto MERCABILBAO

Resolución 23/2015

SEGUNDO: Con carácter previo a ninguna otra consideración, debe resolverse la cuestión de si MERCABILBAO tiene o no la condición de poder adjudicador, ya que el artículo 40.1 TRLCSP establece que la competencia de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC / KEAO) se extiende a los contratos que pretendan «concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores», de modo que una respuesta negativa significaría la falta de competencia y la inadmisión del recurso. MERCABILBAO, apoyada por UTE FCC-GMSM, entiende que no tiene la condición de poder adjudicador, aportando a favor de su tesis varios informes de la Abogacía del Estado referidos a entidades similares que, en resumen, señalan el carácter mercantil de su objeto social, su actuación en el mercado en régimen de competencia, la inexistencia de un mecanismo de compensación de pérdidas y el origen de la mayoría de sus ingresos, procedentes de actividades retribuidas mediante precios fijados de acuerdo con estrictos precios de mercado.

En síntesis, son tres los requisitos que el artículo 3.3 b) TRLCSP, siguiendo el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 CE, exige para considerar que una entidad tiene la condición de poder adjudicador:

- Tener personalidad jurídica propia.
- Que su actividad esté mayoritariamente financiada por otro u otros poderes adjudicadores, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por poderes adjudicadores.
- Haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Habida cuenta de su condición de Sociedad Anónima participada mayoritariamente por los Ayuntamientos de Bilbao y Barakaldo (e incluso en el caso de que se considere que el otro partícipe, la empresa estatal MERCASA, no es poder adjudicador), es indudable que MERCABILBAO tiene personalidad jurídica propia y que su gestión está controlada por poderes adjudicadores. Por lo tanto, el aspecto crítico es determinar si satisface necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, determinación que debe hacerse contrastando las características de la entidad con la normativa aplicable y con la jurisprudencia europea que ha analizado este requisito.

El concepto de «necesidades de interés general» debe ser interpretado en un sentido amplio para que se cumpla la finalidad de las Directivas, que es asegurar que las compras

públicas se guíen exclusivamente por criterios económicos no discriminatorios y eliminar las trabas a las libertades comunitarias (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJ) de 27/2/2003, asunto C-373/00 y STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01). Este requisito puede darse por implícito en el mismo concepto de Administración Pública (Artículo 103.1 de la Constitución), así como en las sociedades mercantiles en las que éstas participan mayoritariamente de modo permanente, pues no se comprendería que dicha participación persiguiera un interés distinto del interés general. Por otro lado, la jurisprudencia europea ya ha expresado que una actividad como la que constituye el objeto social de MERCABILBAO puede considerarse de interés general porque procura mejorar el intercambio de bienes y servicios entre empresas, que ven así facilitada la realización de sus negocios, contribuyendo a la generación de riqueza (STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01 y STJ de 10/5/2001, asunto C-223/99). En este sentido, el artículo 2 de sus Estatutos establece que en el objeto de MERCABILBAO figura, entre otras finalidades, la gestión del Mercado Central y los servicios complementarios convenientes para la mejor eficacia del servicio y atenciones a los usuarios y la mejora del ciclo de comercialización de productos alimentarios. Por lo tanto, se puede considerar que la actividad de MERCABILBAO es de interés general.

Por lo que se refiere al carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general, es importante para el caso que nos ocupa señalar lo siguiente:

a) El concepto de entidad adjudicadora es funcional (STJ de 10/11/1998, asunto C-360/96), por lo que el hecho de que la forma jurídica de un organismo sea privada o mercantil, es irrelevante; lo fundamental es el tipo de actividad que realiza y cómo lo realiza.

b) Que una actividad no esté reservada a los poderes públicos no le otorga naturaleza industrial o mercantil, ya que cada vez son más los campos en los que puede actuar la iniciativa privada. Una interpretación en sentido contrario vaciaría de contenido el concepto de poder adjudicador.

c) Se ha considerado un indicio del carácter industrial o mercantil de las necesidades la actuación del organismo en régimen de competencia desarrollada –si bien se trata de un factor no decisivo por sí solo– (STJ de 10/11/1998, asunto C-360/96 y STJ de 27/2/2003, asunto C-373/00) y, sobre todo, la sujeción a criterios de rentabilidad, el ánimo de lucro –entendido como la búsqueda de beneficios como objetivo principal– y la asunción del riesgo financiero del negocio, de tal manera que no se puedan repercutir las pérdidas del mismo a un poder público que sería el que finalmente las soportaría; para apreciar que no se soportan las pérdidas del negocio, no es necesario que exista un mecanismo formal de compensación de pérdidas, siendo suficiente que se considere que, a la vista del tipo de actividad del organismo, el interés público moverá a la Administración matriz a no permitir en ningún caso la insolvencia de la entidad (STJ de 16/10/2003, asunto C-283/00 y STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01).

d) Cuando en el mismo organismo concurren actividades mercantiles o industriales y otras que no tienen ese carácter, dicho organismo está sujeto a la Directiva en todas sus

adquisiciones, sin que importe el porcentaje de unas u otras actividades en el volumen total del negocio y sin que quepa diferenciar si la adquisición se produce en el marco de una actividad mercantil o no mercantil (STJ de 15/1/1998, asunto C-44/96).

En los Estatutos Sociales de MERCABILBAO figuran, entre otros, los siguientes apartados, relevantes para el caso:

- La Sociedad, como medio propio, tendrá como objeto social las siguientes actividades:

  (…)

  a) La prestación del Servicio Público Municipal de Abastecimiento al por mayor, mediante la explotación, en régimen de gestión directa y forma de Sociedad Anónima, con duración indefinida, del Mercado Central de Mayoristas y cualquier otro servicio que constituya la Unidad Alimentaria de Bilbao (Artículo 2).

- La Sociedad constituye un «medio propio» y servicio técnico del Ayuntamiento de Bilbao y de la Administración del Estado, a través de la Sociedad Estatal Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (MERCASA) en los términos y con el alcance previsto en estos Estatutos a los efectos de lo dispuesto en los artículos 24.6 y 8.2 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Artículo 1).» En el mismo sentido, la letra e) del artículo 2 establece que es parte de su objeto social «la realización de las actuaciones y gestiones que en materia de ejecución de política alimentaria, comercial y de mercados en general, y cuantos servicios relacionados con todos ellos, le encomienden las Administraciones y Entidades de las que es «medio propio», que la Sociedad estará obligada a realizar de acuerdo con las instrucciones fijadas por el encomendante y cuya retribución se fijará por referencia a tarifas aprobadas previamente.

Del contraste entre los Estatutos y las características de las necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil señaladas anteriormente, se deduce lo siguiente:

- El objetivo de la sociedad es la prestación, en régimen de gestión directa, de un servicio público municipal; debe recordarse que el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local incluye dentro de la gestión directa tanto la asunción del servicio por la propia Entidad Local como la gestión mediante una sociedad mercantil en mano pública. Ello desmiente que la creación de la entidad tenga por finalidad la búsqueda de beneficios, aunque pueda, de hecho, obtenerlos, e incluso autofinanciarse; por el contrario, demuestra que se trata de un ente instrumental para que el Ayuntamiento de Bilbao, titular del servicio, despliegue una actividad en favor de los usuarios. Consecuentemente, la «mercantilidad» de la empresa –en el sentido de que actúa en el tráfico mercantil– no es la finalidad, sino el medio del que se sirve para prestar el servicio. Teniendo este factor en cuenta, resulta muy difícil creer que, a pesar de que no exista un mecanismo preestablecido para compensar las posibles pérdidas del negocio, el Ayuntamiento no vaya a garantizar la solvencia de

MERCABILBAO con el mismo interés que cuida de la suya propia, y ello con el objetivo de dar continuidad al servicio público que ha decidido prestar a través de ella. Piénsese que el Ayuntamiento, en buena lógica, solo habrá decidido prestar este servicio después de llegar a la conclusión de que se trata de una actividad no suficientemente garantizada por el sector privado y de que era preciso un cierto grado de intervención pública; por lo tanto, no tendría sentido que MERCABILBAO fuera un operador económico más, sino que sería necesario que no se guiara exclusivamente por criterios de rentabilidad, lo que le podría hacer entrar en pérdidas, las cuales serían asumidas por los poderes públicos precisamente para asegurar el servicio público que, al final, es su razón de ser. La misma razón es también contradictoria con la consideración de que la sociedad actúa en un régimen de competencia desarrollada, ya que las empresas privadas que pudieran concurrir con MERCABILBAO por la misma cuota de mercado no disfrutan de análoga garantía pública de solvencia. Asimismo, la competencia en el sector en el que actúa MERCABILBAO está fuertemente limitada, entre otros factores, por la intervención en él de MERCASA y las sociedades por ella participadas, como se deduce del «Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino», elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia. Por ello, este Órgano entiende que la actividad de MERCABILBAO no es industrial o mercantil, lo que implica su condición de poder adjudicador.

- Por otro lado, la entidad tiene atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de las Administraciones partícipes en su capital social. A juicio de este Órgano, esta atribución es incompatible con la misma definición de «medio propio», que requiere que la parte esencial de la actividad se realice para las entidades para las que realizan esta función; en el caso de MERCABILBAO, parece claro que su vocación es desarrollar su actividad para los terceros usuarios, que son los que le encomiendan y pagan los servicios que presta, y no la de proporcionar dichos servicios a las Administraciones partícipes que, en general, no son quienes se las encargan. Parece que se han confundido aquí el género –la categoría de ente instrumental– y la especie –medio propio–, siendo MERCABILBAO lo primero pero no lo segundo. Con independencia de esta consideración, lo que sí es indudable es que la condición de medio propio que figura en los Estatutos, le permite recibir encargos de las Administraciones partícipes y tiene una derivada importante para este caso: una entidad no puede invocar la condición de medio propio y negar su naturaleza de poder adjudicador, y ello porque los requisitos del primero presuponen los del segundo, y en particular, presuponen la falta de mercantilidad. Téngase en cuenta que un medio propio puede vender sus servicios a la entidad o entidades dominantes sin que medie ningún procedimiento de adjudicación respetuoso con la publicidad y la libre concurrencia, excluyendo la competencia de cualquier empresa privada o pública que se dedique al mismo objeto; es más, ni siquiera puede negarse a ejecutar las encomiendas que se le efectúen ni negociar sus precios como un agente normal del mercado, pues se trata de tarifas fijadas por las Administraciones dominantes. Además, es claro que dichas Administraciones garantizarán la solvencia del medio propio porque es tanto como garantizar la solvencia de su propia estructura orgánica, a la que, materialmente, pertenecen. En consecuencia, el desempeño de la función de medio propio también avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

Por todo ello, este OARC / KEAO se considera competente para la resolución del recurso.

1.5.2 No está sujeta la Diputación Foral de Gipuzkoa

Resolución 140/2016

ÚNICO: La Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre de 2011 creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, cuya competencia se extiende, entre otras, a la resolución de recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y las administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad.

El recurso especial objeto de la presente resolución se interpone frente a la Resolución de adjudicación de un contrato promovido por el Departamento de Gobernanza y Comunicación con la Sociedad de la Diputación Foral de Gipuzkoa.

La letra g) del artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público atribuye a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco el carácter de Administración Pública en lo que respecta a su actividad de contratación. Tal y como manifiesta la exposición de motivos del Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, esta atribución « (…) implica la necesidad de crear en el seno de la Administración Foral, en ejercicio de su competencia de autoorganización, un órgano que atienda los cometidos señalados por la Unión Europea (…)».

Según el artículo 2 del citado Decreto Foral corresponde al Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos en los que sea parte la Diputación Foral de Gipuzkoa, su Administración Institucional y sus Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.

1.5.3 Está sujeta la empresa concesionaria del servicio de transporte urbano de viajeros por carretera de Bilbao.

Resolución 138/2017

SEGUNDO: Con carácter previo a cualquier otra cuestión, este OARC / KEAO debe decidir sobre su propia competencia para resolver la reclamación de COMUNITAC, pues ése es el primer requisito de admisibilidad de la impugnación. Para ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 115 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) señala que «El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter», por lo que es irrelevante, a estos efectos, la calificación que COMUNITAC ha dado a su escrito («recurso especial»).

En primer lugar, hay que considerar si, como afirma el recurrente, el contrato ha sido, en realidad, adjudicado por el Ayuntamiento de Bilbao, pues esta Administración es un

poder adjudicador sujeto al TRLCSP y se incluye por lo tanto en el ámbito subjetivo del recurso especial previsto en los artículos 40 y siguientes de dicha norma y cuya resolución corresponde a este OARC / KEAO. El análisis debe partir de un concepto funcional de «poder adjudicador», siendo irrelevante que en un contrato concreto aparezca formalmente con tal designación una cierta entidad (ver, en este sentido la STJUE de 29 de octubre de 2009, asunto C-536/07 ECLI:EU:C:2009:664); por el contrario, lo determinante es el análisis del negocio jurídico para fijar quiénes son, efectivamente, las partes del contrato y cuáles son los derechos y obligaciones que adquieren en virtud de él.

A la vista de esta premisa, debe descartarse que el Ayuntamiento del Bilbao sea parte del contrato. A pesar de que en el expediente figura la participación de órganos administrativos del Ayuntamiento y de empleados públicos del mismo en el proceso de selección del contratista, no consta que la Administración haya designado al adjudicatario. Además, del contenido del contrato, suscrito por BIOBIDE, no se desprende, en contra de lo que alega el recurrente, que el Ayuntamiento sea el destinatario del pago del canon.

Dado que el artículo 2.1 del TRLCSP regula únicamente los contratos celebrados por las entidades del sector público, hay que descartar que nos encontremos ante un recurso especial. Incluso con una interpretación amplia del término «celebrar» que comprendiera no solo los contratos en los que dichas entidades son parte, sino también aquéllos en los que no son signatarios pero han elegido al proveedor de los servicios objeto de los mismos, tampoco se trataría de un contrato público en el sentido del citado artículo 2.1 del TRLCSP. A estos efectos, sería irrelevante que, a la Administración, como titular del servicio de transporte público, no le sea indiferente la publicidad exhibida en los autobuses, pues ello llevaría únicamente, como mucho, a aplicar las limitaciones o condiciones que, sobre este extremo, pudieran preverse en el régimen legal y contractual de la concesión o del servicio público objeto de la misma. Tampoco se altera esta conclusión porque el pliego del contrato impugnado contenga estipulaciones en favor del Ayuntamiento o le atribuya ciertas funciones en su ejecución (ver, por ejemplo, la cláusula 5.1.1 o las obligaciones del adjudicatario 3.15 o 3.19 del pliego).

Una vez determinado que el objeto de la presente resolución no es un contrato adjudicado por el Ayuntamiento de Bilbao sujeto al recurso especial, sino que se ha celebrado por BIOBIDE y no está por lo tanto incluido en el ámbito de dicho recurso por no ser esta mercantil un poder adjudicador, debe analizarse si es aplicable la regulación de la reclamación prevista en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007. Este régimen sería el procedente si previamente se llegara a la conclusión de que BIOBIDE está sujeta a dicha norma en virtud de sus artículos 3.1, 4 y 10. De estos preceptos se deduce que son entidades adjudicadoras las empresas privadas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos en el campo de la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por autobús. Se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos cuando sean concedidos por los órganos competentes de una Administración Pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 7 a 12 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad; esta definición incluye los servicios públicos prestados en régimen de gestión indirecta (ver, por ejemplo, el informe 12/2016, de 21 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en adelante, «informe 12/2016», en

concreto su página 63). Por otro lado, existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente referidas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia.

Contrastada la normativa citada en el párrafo anterior con la documentación que obra en el expediente y con la recogida en la página web de la empresa,4 consta que BIOBIDE es la concesionaria del servicio público del transporte colectivo urbano en Bilbao. Por otro lado, en el documento «Pliego de Prescripciones Técnicas que ha de regir el contrato de concesión del servicio de transporte público colectivo urbano en la villa de Bilbao» se afirma que el objeto de dicho contrato es «la gestión indirecta del servicio del transporte público colectivo urbano en autobús en la Villa de Bilbao» (artículo 1) y que «El Excmo. Ayuntamiento de Bilbao establecerá, por razones de interés público, las características del servicio, fijando el número de líneas, los itinerarios, las paradas, las unidades en servicio, las características de los vehículos, los intervalos de paso, los horarios y demás variables que afecten al desarrollo de aquél» (artículo 2). De todo ello se deduce que BIOBIDE cumple los requisitos para ser considerada como entidad adjudicadora sujeta a la Ley 31/2007 (ver el ya citado informe 12/2016, cuyo objeto es un caso muy similar al de esta resolución y cuya argumentación se comparte sustancialmente por este OARC / KEAO). Consecuentemente, la impugnación presentada por COMUNITAC debe recibir el tratamiento procedimental de las reclamaciones recogidas en los artículos 101 y siguientes de esta norma.

1.6 OTRAS CUESTIONES PROCESALES

1.6.1 Solicitud de inadmisión del recurso basada en la falta de aptitud del recurrente

Resolución 43/2014

La empresa Telefónica, planteada a modo de excepción procesal, que la recurrente carece de legitimación porque debió haber sido excluida de la licitación por carecer de la clasificación exigible, e infringir las normas del PCAP sobre subcontratación. Este motivo de impugnación debe ser desestimado sin que el OARC / KEAO deba entrar a juzgar si la admisión de la oferta del recurrente fue o no correcta. De acuerdo con el artículo 42 TRLCSP, «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.» Es evidente que las empresas participantes en la licitación están perjudicadas o afectadas por una adjudicación a un tercero, y que la estimación del recurso podría determinar que, finalmente, la adjudicación les beneficiara. En el supuesto analizado, es igualmente claro que el recurrente tiene la condición de licitador,

[3]Disponible en el siguiente enlace: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/122016.pdf
[4] http://www.bilbobus.com/empresa/empresa.asp

por lo que no cabe dudar de su legitimación. No es aceptable en este procedimiento de recurso la alegación de Telefónica en el sentido de considerar que dicha condición, y por lo tanto la legitimación para recurrir, se adquirió ilegalmente porque el recurrente debió ser excluido. Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada «reformatio in peius»). Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfrace de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento. Finalmente, hay que recordar que ni siquiera en el recurso especial puede impugnarse el acto de admisión de un licitador (ver, por ejemplo, la resolución 238/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO) y que la posición sostenida por este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnable, como, por ejemplo, una hipotética adjudicación de la que éste licitador pudiera ser beneficiario (ver la Resolución 34/2014 del OARC / KEAO). A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003, asunto C-249/01) establece que es contrario a la normativa comunitaria sobre recursos en materia de contratación que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha normativa para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega.

1.6.2. «Recurso indirecto» contra los pliegos

Resolución 144/2015

Como es bien sabido, una reiteradísima doctrina establece que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser inatacables una vez que no se ha

interpuesto en plazo el correspondiente recurso. Esta doctrina se ha visto confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ), que considera necesario para el efecto útil del recurso especial la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores. La citada doctrina ha sido matizada por esa misma jurisprudencia, que establece, como excepción a la preclusividad del recurso, las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado solo se manifiesta con posterioridad (ver la sentencia «eVigilo», C-538/13, EU:C:2015:166). Con base en esta excepción, este OARC / KEAO ha aceptado, con ciertas condiciones, la posibilidad de que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee el llamado «recurso indirecto» contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula de los pliegos permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver la Resolución 129/2015 del OARC / KEAO). Si no se cumple ese requisito básico, debe regir el principio general de que los pliegos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma vinculan a la Administración y a los licitadores.

Resolución 41/2016

CUARTO: Por lo que se refiere a la consideración de si el recurso ha sido presentado en tiempo y forma, debe partirse de la base de que la impugnación tiene dos objetos diferenciados, la decisión de adjudicación y los pliegos que han regido el procedimiento de adjudicación, no habiendo duda de la conformidad del recurso por lo que se refiere al primero de ellos. Sin embargo, en lo que se refiere a la pretensión de impugnar los pliegos, tal y como señalan TELFÓNICA y el poder adjudicador, el recurso es claramente extemporáneo. Como ha señalado este Órgano, la regla general, tradicional en la jurisprudencia nacional y confirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es la preclusividad del plazo de impugnación de los pliegos, que pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial cuando no se han recurrido en tiempo y forma. La excepción es el llamado «recurso indirecto», cuyo requisito es la existencia de una cláusula nula de pleno derecho en la documentación contractual que ha permitido al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario; en ese caso, es admisible que, con motivo del recurso a una exclusión o a la adjudicación se ataque dicha cláusula solicitando su nulidad, teniendo en cuenta que la mera retroacción de actuaciones no sería suficiente porque la nueva decisión sería igualmente arbitraria por estar basada en una estipulación que en nada vincula al poder adjudicador (ver, por ejemplo, las Resoluciones 129/2015 y 144/2015 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, «eVigilo», EU:C:2015:166). En el caso analizado, EUSKALTEL ya intentó la nulidad de los pliegos por esta vía y la Resolución 144/2015 del OARC / KEAO la rechazó porque entendió que faltaba la condición básica para utilizarla, que es la existencia de una decisión basada en una cláusula arbitraria. Como señala el Fundamento de Derecho Noveno de la citada Resolución, la exclusión se sustentó con argumentos sólidos, y el incumplimiento que la motivaba estaba ampliamente acreditado, por lo que no se dio arbitrariedad alguna y, por lo tanto, no hubo lugar a determinar si dicha arbitrariedad procedía de una cláusula de los pliegos cuya nulidad debía declararse. Por ello, la mención «…no procede entrar a analizar la impugnación de los pliegos» contenida en la Resolución 144/2015 no significa, como pretende EUSKALTEL, que no se haya producido

el efecto de la cosa juzgada administrativa y que la impugnación de los pliegos pueda producirse en un momento procesal posterior, sino que no había entonces, como no lo hay ahora, lugar al recurso indirecto. Téngase en cuenta que no es posible entender que esta figura habilita un plazo indefinidamente abierto para el recurso especial contra los pliegos, pues ello sería contrario a la seguridad jurídica y al efecto útil de este medio impugnatorio (ver la Resolución 13/2016 del OARC / KEAO); por el contrario, el recurso indirecto debe plantearse con motivo de la exclusión o la adjudicación, como ya hizo el recurrente, con resultado desestimatorio y efecto de cosa juzgada administrativa. Finalmente, no tendría sentido denegar la procedencia del recurso indirecto con motivo de la exclusión y aceptarla ahora, a propósito de la adjudicación, cuando la pretensión y los argumentos son idénticos.

Resolución 9/2017

La posibilidad de impugnar, con ocasión del recurso contra la exclusión o la adjudicación, un apartado de los Pliegos que no ha sido objeto de recurso según lo dispuesto en los artículos 40.2 a) y 44.2 c) del TRLCSP, figura generalmente conocida como «recurso indirecto», ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de este OARC / KEAO (ver, por todas, las resoluciones 41/2016 y 111/2016) y, en resumen, la posición que de ellos se deduce es la siguiente:

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58, en la que el criterio de adjudicación debatido era «compatibilidad con las necesidades del poder adjudicador»).

- Con base en lo anterior, este OARC/KEAO ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee un recurso

indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).

1.6.3 Diferencia entre la posición procesal del recurrente y la de los interesados en el procedimiento

Resolución 43/2014

La empresa Telefónica, planteada a modo de excepción procesal, que la recurrente carece de legitimación porque debió haber sido excluida de la licitación por carecer de la clasificación exigible, e infringir las normas del PCAP sobre subcontratación. Este motivo de impugnación debe ser desestimado sin que el OARC / KEAO deba entrar a juzgar si la admisión de la oferta del recurrente fue o no correcta. De acuerdo con el artículo 42 TRLCSP, «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.» Es evidente que las empresas participantes en la licitación están perjudicadas o afectadas por una adjudicación a un tercero, y que la estimación del recurso podría determinar que, finalmente, la adjudicación les beneficiara. En el supuesto analizado, es igualmente claro que el recurrente tiene la condición de licitador, por lo que no cabe dudar de su legitimación. No es aceptable en este procedimiento de recurso la alegación de Telefónica en el sentido de considerar que dicha condición, y por lo tanto la legitimación para recurrir, se adquirió ilegalmente porque el recurrente debió ser excluido. Si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada «reformatio in peius»). Debe tenerse en cuenta que, tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución (véanse las Resoluciones 44/2012 y 75/2012 del OARC/KEAO). Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación o reconvención, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil. La alegación analizada es pues contraria al principio de congruencia y no puede ser aceptada aunque se disfrace de cuestión procesal, pues en realidad hace referencia a un tema de fondo que, por lo expuesto, no puede resolverse en este procedimiento. Finalmente, hay que recordar que ni siquiera en el recurso especial puede impugnarse el acto de admisión de un licitador (ver, por ejemplo, la resolución 238/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 88/2013 del OARC/KEAO) y que la posición sostenida por

este Órgano no implica en absoluto indefensión para la empresa que formula la alegación, pues la supuesta incorrección de la aceptación de la oferta de un licitador sí puede ser alegada, en su caso, con motivo del recurso especial contra un acto impugnable, como, por ejemplo, una hipotética adjudicación de la que éste licitador pudiera ser beneficiario (ver la Resolución 34/2014 del OARC / KEAO).

A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 19/6/2003, asunto C- 249/01) establece que es contrario a la normativa comunitaria sobre recursos en materia de contratación que se deniegue a un licitador el acceso a los procedimientos de recurso previstos por dicha normativa para impugnar la legalidad de la decisión del poder adjudicador de no considerar que su oferta fuera la más ventajosa debido a que esta oferta tuvo que haber sido descartada previamente por dicha entidad por otras razones y que, por este motivo, el licitador no se ha visto ni puede verse perjudicado por la ilegalidad que alega.

Resolución 10/2015

DECIMOCUARTO: La asociación HEBER (Hezkuntzatik Berdintasunera) utiliza la fase de alegaciones para apoyar el recurso interpuesto por BITARTEKARI, completando el recurso de ésta con alegaciones adicionales. Sin embargo, su posición procesal como alegante no puede ser equiparada a la de recurrente ni su escrito puede ser recalificado como recurso especial por ser su pretensión la de que se estime el recurso interpuesto por BITARTEKARI y por hallarse interpuesto fuera de plazo para ser considerado tal recurso especial, razones todas ellas por las que este órgano resolutorio no entra a analizar las alegaciones efectuadas.

1.6.4 Recurso especial y cuestión de nulidad

Resolución 84/2015

DUODÉCIMO: Por último, UNI2 plantea de forma subsidiaria una cuestión de nulidad conforme al artículo 37. b) del TRLCSP para el caso de que se hubiera efectuado la firma del contrato sin respetar los plazos de interposición del recurso especial y Solicita la anulación del contrato que pudiera haberse firmado.

Entre la documentación que obra en el expediente figura con el número 35 –páginas 365 a 368– un contrato administrativo suscrito el 17 de junio de 2015 entre el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Güeñes y Don S. A.A. en representación de ASASER.

Este OARC / KEAO en su Resolución 131/2014 ya manifestó que no es posible la acumulación del recurso especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP y los supuestos especiales de nulidad contractual del artículo 37 del propio TRLCSP ya que ambos medios de impugnación deben tramitarse en procedimientos distintos.

Por otra parte, el artículo 37.1 b) del TRLCSP prevé la interposición del supuesto especial de

nulidad contractual:

> b) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 156.3 para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:
>
> 1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes y,
>
> 2.º que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.
>
> El acuerdo de 18 de mayo de 2015 de la Junta de Gobierno Local de adjudicación del contrato fue remitido a los licitadores descartados el día 2 de junio de 2015 –página 360– y el contrato fue formalizado el 17 de junio 2015.

A pesar de que la formalización del contrato tuvo lugar antes de finalizar el plazo para la interposición del recurso especial, ello no ha impedido que UNI2 interponga un recurso especial debidamente fundado y que éste haya sido admitido a trámite, de modo que no se cumple el requisito 1º del artículo 37.1 b) del TRLCSP. Además, el hecho de que el sentido de la presente Resolución sea desestimatorio para las pretensiones del recurrente, hace que tampoco concurra el requisito 2º, con lo que en ningún caso puede invocarse el supuesto especial de nulidad.

Resolución 35/2015

Sobre la petición de tramitación de ambas vías de impugnación –recurso especial y supuestos especiales de nulidad–, este Órgano Resolutorio en su Resolución 131/2014 aludía, a su vez, a la Resolución 117/2012, de 29 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Andalucía, que diferencia ambas forma de impugnación, cuando afirma que «(…), la interposición de la cuestión de nulidad del contrato, (…) se basa en supuestos legales especiales y tasados –los previstos en el artículo 37 del TRLCSP– que toman como referencia fundamental la vulneración de reglas formales del procedimiento, mientras que los motivos del recurso especial contra la adjudicación pueden basarse en infracciones más amplias, a saber, las causas generales de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 32 y 33 del citado texto legal.», siendo la conclusión que no es posible su acumulación porque obedecen a causas diferentes y deben tramitarse en procedimientos distintos.

Resolución 114/2017

UNDÉCIMO: Desestimado el recurso especial en materia de contratación decae la cuestión de nulidad especial, pues la formalización del contrato no ha impedido al recurrente interponer

el recurso especial y que éste sea resuelto.

1.6.5 Congruencia

Resolución 99/2015

UNDÉCIMO: Por otro lado, la declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP. Esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente la nulidad de la estipulación, pero también si, como en este caso, solo se pide la retroacción de actuaciones sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran su posición jurídica individual, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el nuevo procedimiento, por lo que no hay «reformatio in peius» y la resolución se percibe por él como una estimación parcial.

1.6.6 No exigibilidad del acuerdo del órgano competente de la persona jurídica para la interposición del recurso

Resolución 51/2016

OCTAVO: El poder adjudicador plantea una cuestión de índole procedimental consistente en supeditar la admisibilidad a trámite del recurso a la acreditación por parte del recurrente del documento exigido en el art. 45.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en el acuerdo del órgano competente de la persona jurídica en el que se refleje la concreta decisión de interponer el recurso.

El art. 44.4 TRLCSP establece los documentos que deben acompañar al recurso y, entre ellos, figura el documento que acredite la representación del compareciente. Por su parte, el artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto. El silencio que guardan tanto el TRLCSP como el reglamento que desarrolla el procedimiento de revisión de decisiones en materia de contratación sobre el documento al que se refiere el art. 45.2.d) de la Ley 29/1998, unido a que, de conformidad con el art. 46.1 del TRLCSP, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá también por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, norma que tampoco exige este requisito, permite concluir que la presentación del referido documento no es preceptiva para la interposición del recurso especial.

1.6.7 La invalidez del acto impugnado se puede basar en cualquier infracción legal.

Resolución 45/2017

En segundo lugar, debe analizarse también la alegación del poder adjudicador que cuestiona que en el procedimiento de resolución del recurso especial pueda debatirse una supuesta vulneración de los derechos obtenidos en la negociación colectiva dado que las acciones para hacerlos valer nacen de los acuerdos que los establecen y no del contenido de los pliegos; se afirma también que la decisión de externalización está amparada por el ejercicio discrecional de la competencia de autoorganización que corresponde a la Administración.

A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación no es aceptable. Es cierto que, con carácter general, corresponde a los poderes adjudicadores decidir discrecionalmente si es más adecuado servirse de sus propios medios o adquirir servicios en el mercado para satisfacer sus necesidades, así como determinar, en este último caso, el contenido de los correspondientes contratos. Tales decisiones, normalmente, no son susceptibles de más control por parte de este OARC / KEAO que el propio de cualquier otro acto discrecional, limitado, básicamente, a la verificación de que se han respetado el ordenamiento jurídico, el interés general, el principio de buena administración (artículo 25.1 TRLCSP) y la necesidad de una motivación adecuada (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2016 de este OARC / KEAO). Sin embargo, mediante la aprobación de los acuerdos que los recurrentes consideran vulnerados, es la propia OSAKIDETZA la que ha consentido en introducir como temas susceptibles de negociación colectiva y de acuerdo con los representantes de los trabajadores, no solo la posibilidad misma de externalizar o no servicios, sino el contenido que deben incluir los pliegos, limitando así voluntariamente su libertad de actuación en la materia; de hecho, como se verá más adelante, la no externalización se configura como seña de identidad de su modelo organizativo. La fuerza legalmente vinculante de los citados acuerdos está garantizada por los artículos 32.2 y 38.10 del EBEP, vinculación que la Administración signataria no puede sin más ignorar o desconocer, salvo que acuda a su revisión de oficio (ver, por ejemplo, las sentencias de 11 de marzo de 2013 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, nº 152/2013, ECLI: ES:TSJPV:2013:328, y del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, nº de recurso 1416/2013, ECLI:ES:TS:2014:2171, que confirma la anterior). Los recursos plantean, en última instancia, una posible vulneración de dichos preceptos, es decir, una cuestión de ajuste a la legalidad de los pliegos impugnados, lo que entra de lleno en el ámbito del recurso especial y en la competencia de este OARC / KEAO. Debe señalarse ,además, que el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, establece que los recursos administrativos pueden fundarse «en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley», los cuales a su vez se refieren a cualquier infracción del Ordenamiento, incluida la desviación de poder. Por su parte, los artículos 40 y siguientes del TRLCSP, que delimitan detalladamente los actos impugnables o los contratos susceptibles de recurso especial, no ponen sin embargo coto alguno a los argumentos jurídicos que pueden alegar los recurrentes ni al ámbito legislativo al que pueden pertenecer las normas cuya infracción se denuncia.

1.6.8 Concesión por OARC de trámite de audiencia sobre cuestión no planteada

Resolución 59/2017

QUINTO: Mediante la Resolución E-I 01/2017, de 28 de abril de 2017, el Titular del OARC / KEAO resolvió la apertura de un trámite de audiencia al amparo del artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, para que los interesados alegaran lo que estimaran oportuno en relación con dos cuestiones que se consideran críticas para solventar la viabilidad de la pretensión del recurso y que, sin embargo, no han sido planteadas por las partes:

- Si el Convenio de Intervención Social de Bizkaia, al que se refiere el párrafo cuarto del apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas citado, incluye o no en su ámbito funcional (artículo 1) la actividad objeto del contrato.

- Si los pliegos de una licitación pueden o no imponer, por su sola fuerza vinculante, la aplicación de un convenio que, de acuerdo con la legislación laboral, no sería el que regiría las relaciones de la contratista y sus empleados.

1.6.9. Constitución de garantía para responder de los daños provocados por la suspensión del procedimiento

Resolución 104/2017

DÉCIMO: Tampoco puede atenderse la petición de SERIKAT de constitución por el recurrente de una caución por valor del 5% del presupuesto base de licitación, para reparar los daños derivados de la paralización de la puesta en marcha del servicio objeto de contrato, puesto que en ningún momento se concretan y cuantifican los daños que se reclaman y, además, la emisión de la presente resolución conlleva el levantamiento automático de la suspensión de la adjudicación del contrato.

2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1 IGUALDAD DE TRATO

Resolución 24/2013

Según el artículo 116.1 del TRLCSP «1. El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley.» Mientras que el artículo 117.2 del TRLCSP prevé que «Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.» Finalmente, el artículo 68.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que «El pliego de prescripciones técnica particulares contendrá, al menos, los siguientes extremos: a) Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.»

Las normas precitadas establecen la obligación de que las prescripciones técnicas del contrato definan las sus características técnicas, de forma que permitan a todos los licitadores el acceso en condiciones de igualdad. La información que al margen de las prescripciones técnicas pueden y deben ofrecer los poderes adjudicadores tendrá por finalidad aclarar dudas y mejorar su comprensión de forma que permitan el acceso a la información de los pliegos en las condiciones más óptimas posibles, pero en ningún caso pueden completar carencias que se evidencian en su contenido o definir y detallar aspectos del objeto del contrato que presumen esenciales para su ejecución, pues ello devendría en ventaja para los licitadores que poseen información por circunstancias ajenas a las prescripciones técnicas. A este respecto, debe observarse que el PPT contiene notables carencias sobre las características de las UGCs que son el destino final de los elementos y equipos objeto del contrato, de manera que no hay una definición clara del número de UGCs –aunque se deduce que son 5– y de las características propias e intrínsecas de cada uno de ellos, más si cabe teniendo en cuenta que la complejidad de la prestación hace que ésta no se limite a la entrega e instalación de materiales y equipos, sino que es el propio adjudicatario quien debe elaborar un plan de instalación que abarque todos los condicionantes del apartado 3.- del PPT, a los que habría que añadir los previstos en el apartado 3.- «Alcance de suministro» del Anexo III donde se establecen como obligaciones del adjudicatario «(…) la instalación y la adaptación de espacios, acabados, y en general todos los trabajos, tanto de obra civil como de instalaciones de todo tipo (fontanería, eléctrica, gases, saneamiento, iluminación, seguridad, ventilación, extracciones, etc.); así como elementos auxiliares y de cualquier tipo necesarios para la instalación del equipamiento, equipos, etc. precisos para la prestación de los Servicios incluidos en presente concurso.», sin que tales aspectos de cada UGC queden definidos en el PPT.

La conclusión es que el PPT tiene carencias en la definición técnica de parte de las prestaciones que forman el objeto del contrato, que pueden impedir la presentación de ofertas en las mismas condiciones por los licitadores, lo cual se opone a los principios de transparencia e igualdad de trato.

Resolución 56/2013

En síntesis, el recurrente alega infracción del principio de igualdad por entender que, al solicitarse que el suministro sea compatible con los equipos del Hospital y que, en caso contrario, el adjudicatario facilite los equipos necesarios sin coste añadido, se está favoreciendo a las empresas que puedan aportar suministros compatibles (según el recurrente, sólo una empresa), perjudicando a las demás que tendrían que ofrecer los equipos necesarios formulando una oferta más costosa y por lo tanto, económicamente menos ventajosa.

El principio de igualdad alegado exige, entre otras cosas, que el órgano de contratación dé el mismo tratamiento a todos los licitadores y que, de haber diferencias de trato, estén debidamente justificadas en razones objetivas y no discriminatorias. En el presente procedimiento la exigencia de que los licitadores ofrezcan productos compatibles con los equipos del Hospital o de que, en caso de que no lo sean, aporten los equipos necesarios, está formulada en términos generales y abstractos y vincula a todos los posibles licitadores, por lo que no se observa, desde ese punto de vista, desigualdad alguna. El hecho de que la empresa que en su día facilitó los equipos que usa el Hospital (u otras empresas que, en su caso, pudieran aportar suministros compatibles) vaya a tener potencialmente menores costes en su oferta no es una infracción del principio de igualdad. Éste obliga a una configuración del objeto contractual que no favorezca arbitrariamente a unas empresas sobre otras, a establecer criterios de solvencia y adjudicación no discriminatorios y a aplicar con igualdad las reglas del procedimiento, pero no a que el órgano de contratación compense en el procedimiento desigualdades de la posición en el mercado de las distintas empresas, especialmente cuando tal compensación supondría un perjuicio a los intereses de la Administración. En el presente caso, es posible que la empresa que cedió los actuales equipos tenga, a la hora de presentar su oferta, ventajas derivadas del hecho de que sus suministros son compatibles, pero tal situación no ha sido provocada o buscada por el órgano de contratación, ni se deriva de una exigencia caprichosa de los Pliegos. La situación de las empresas potencialmente licitadoras es diferente también en otros aspectos que les pueden aportar ventajas o desventajas comparativas (política salarial, eficiencia de sus técnicas de producción, cercanía geográfica al órgano de contratación, titularidad de ciertas patentes o exclusivas comerciales, etc.), y tampoco debe la Administración contratante compensarlas. La aplicación del principio de igualdad tal y como lo quiere entender el recurrente pasaría por sacar conjuntamente a licitación, «ex novo», la adquisición del suministro y de los equipos correspondientes, haciendo tabla rasa de la utilidad de los equipos de los que actualmente dispone el Hospital, lo que, como bien explica el informe del órgano de contratación, sería una conducta contraria al uso eficiente de los recursos públicos y a criterios técnicos perfectamente legítimos si se produce sin la obtención a cambio de otras ventajas clínicas o económicas. La configuración del objeto contractual es, por todo ello, ajustada a Derecho; sólo podría ser de otra forma si tal configuración se hubiera diseñado con la intención directa

de beneficiar o perjudicar a una o varias empresas y sin responder a motivos atendibles desde el punto de vista del interés público, lo que en ningún caso se ha acreditado.»

Resolución 91/2014

La cláusula 31.1 de la carátula del PCAP exige que «las licitadoras deberán presentar una propuesta de un hotel de cuatro o cinco estrellas» para las ciudades incluidas en el listado adjunto, una de ellas Nueva York. La intención de esta redacción es garantizar el cumplimiento de unos requisitos mínimos por todos los hoteles ofertados. Sin embargo, tal y como explica el informe del órgano de contratación, la pertenencia al grupo de los establecimientos hoteleros con un número determinado de estrellas no puede verificarse mediante la comprobación de un listado oficial ni por el contraste con una normativa uniforme mundialmente aplicable, porque tales instrumentos no existen. El sistema de clasificación por estrellas es una convención universalmente seguida por el sector turístico pero no completamente unificada en todos los países ni incluso dentro del mismo país. Es por ello posible que, como en el caso objeto de recurso, un hotel pueda estar incluido en dos categorías distintas, según la fuente consultada. Llegados a este punto, una aplicación de la cláusula 31.1 coherente con los principios generales de la contratación pública, especialmente con los de igualdad de trato y con la exclusión de la arbitrariedad, requiere que no pueda descartarse un hotel por el sólo hecho de que, para algunas fuentes, su nivel no alcance las cuatro estrellas exigidas sin que previamente se haya contrastado objetivamente si cumple o no con las condiciones mínimas que pretendían garantizarse y que se han sintetizado en las citadas cuatro estrellas. El contraste efectuado por el órgano de contratación, que ha tomado como referencia el ámbito de las Comunidades Autónomas y que da como resultado que el hotel debatido tiene la calidad propia de un establecimiento de cuatro estrellas satisface los citados principios. Por ello, la actuación administrativa debe considerarse correcta y el motivo de recurso debe desestimarse.

Resolución 18/2015

El principio de igualdad, entendido como idéntico trato a los operadores económicos, no obliga a que los poderes adjudicadores hagan un esfuerzo por borrar las diferencias entre ellos derivadas de sus distintas características como unidades productivas, diferencias que no dependen de la configuración del contrato o las bases de la licitación, sino que son connaturales a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia. Así, hay empresas que tienen ventajas sobre otras porque sus medios técnicos y humanos están radicados muy cerca del lugar de ejecución del contrato y eso les ahorra gastos de transporte, otras pueden basar su competitividad en el uso de tecnologías o sistemas de organización especialmente eficientes, y en cambio otras han optado por rebajar costes utilizando maquinaria anticuada pero más barata. Estas diferencias son precisamente las que hacen que se presenten a una licitación diferentes ofertas competitivas y permiten que la entidad del sector público pueda elegir entre ellas la más ventajosa, por lo que su eliminación en el procedimiento de adjudicación ni siquiera sería deseable. Implícitamente, el poder adjudicador entiende que la situación de ventaja de la Real Sociedad parte de su situación como signataria del convenio, situación que la impugnada cláusula 1ª se limita a

constatar, sin que quepa exigir a AK que no imponga el respeto al citado convenio (sería tanto como pedirle que lo incumpla) ni mucho menos que lo rescinda para reequilibrar la igualdad de partida entre los potenciales interesados en el contrato. Expresado en otros términos, AK estima que la cláusula 1ª sería simplemente el reconocimiento y recordatorio de una peculiaridad de la posición de la Real Sociedad como agente del mercado que las estipulaciones contractuales deben tener en cuenta, pero que AK no puede, ni debe, ni tiene por qué remediar por exigencia del principio de igualdad.

Es cierto que la igualdad de trato no pide que, en principio, el poder adjudicador borre las diferencias de partida entre los operadores económicos, tal y como se ha expresado en el párrafo anterior. Sin embargo, este Órgano entiende que deben tenerse en cuenta cuatro factores relevantes para analizar la legitimidad de la ventaja de la Real Sociedad y la actuación que ante ella debe adoptar AK: el primero, que el principio de igualdad de trato no se agota con su aplicación en el diseño de los criterios de selección y adjudicación y en la valoración de las ofertas, sino que se extiende también a la configuración del objeto contractual y a la elección de la fórmula jurídica elegida para materializarlo, de modo que tal configuración o elección no haga injustificada o desproporcionadamente valiosa una característica que solo un posible licitador ostenta; el segundo, que también es capital en este asunto la salvaguarda de la libre competencia, principio que no solo consta en el artículo 1 TRLCSP, sino que es, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la base misma de la normativa europea sobre contratación que nuestra legislación contractual incorpora (ver, por ejemplo, las sentencias de 3 de marzo de 2005, asunto C-21/03, y de 16 de septiembre de 1999, asunto C- 27/98), y que obliga a procurar la máxima apertura del mercado de la compra pública; el tercero, que la actuación de los poderes adjudicadores está sujeta al principio de proporcionalidad (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 1989, asunto C-256/87), que implica que toda medida que se adopte sea necesaria y proporcionada al fin perseguido y, en el ámbito de las concesiones, que se concilien competencia y equilibrio financiero (ver el apartado 3.1.3 de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, de 12 de abril de 2000, en adelante, «la Comunicación»); finalmente, la ventaja no radica en una característica de la Real Sociedad que la convierta en un agente del mercado especialmente apto, sino que se deriva de un convenio suscrito con el propio poder adjudicador.

Resolución 6/2016

En términos generales, la ventaja de la que pueden llegar a gozar las empresas adjudicatarias anteriores del contrato es, en realidad, inevitable salvo que se prohíba su participación en el procedimiento e, incluso, que se subcontrate con ellas. Esta circunstancia constituye una ventaja inherente de facto y sus efectos no son los de excluir al licitador que goza de las mismas, que es lo que parece perseguir el recurrente al solicitar la nulidad del procedimiento, pues ni en las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos ni en el TRLCSP figura ningún precepto en el que la circunstancia anteriormente descrita constituya una prohibición para contratar.

Dicha supuesta ventaja sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta.

En el contrato que nos ocupa este OARC / KEAO considera que los pliegos del contrato facilitan la información útil suficiente para que cualquier operador económico que opera en el ámbito del objeto del contrato pueda formular una oferta competitiva y, durante el procedimiento de adjudicación se ha facilitado la visita a las instalaciones a todas las licitadoras en unos términos razonables. Además de que el recurrente no aporta prueba alguna de que la ventaja denunciada haya podido falsear la competencia.

Resolución 47/2016

El recurrente considera inadecuada, incoherente con el tipo de contrato y limitativa de la libre competencia la siguiente estipulación, contenida en el artículo 4 d) del PPT: «El valor residual de las inversiones realizadas a 31 de diciembre de 2015 es de 178.352,11 euros + IVA (21%) que deberá ser asumido por el nuevo adjudicatario y satisfacerlo al contratista actual.»

Esta cláusula, que debiera figurar en el PCAP y no en el PPT (artículos 67 y 68.3 del RGLCAP), establece una diferencia entre el anterior adjudicatario y las demás empresas potencialmente interesadas en la licitación, pues el primero es el único operador económico que no tendría que desembolsar el importe al que se refiere en el caso de resultar nuevo contratista. Esta diferencia es ventajosa para el anterior adjudicatario, pues es la única empresa liberada de una carga económica que cualquier otro nuevo contratista tendría que asumir. No es aceptable la afirmación de la Administración, que entiende que no existe tal ventaja porque el contratista anterior también debe hacer frente a la amortización; aun suponiendo que eso sea cierto (ver más adelante la opinión del OARC / KEAO sobre ello), el hecho es que a las demás empresas les supone un desembolso financiero efectivo y al adjudicatario anterior no, lo que dificulta el acceso de los primeros a la licitación y disminuye sus posibilidades de elaborar una proposición atractiva.

Llegados a este punto, puede considerarse que la cláusula impugnada establece una diferencia ventajosa en favor del anterior contratista y en perjuicio de cualquier otro operador económico. Para estimar el motivo de recurso habría que probar además que se trata de una ventaja ilegítima y no de una ventaja imputable en exclusiva a la condición de anterior prestador del servicio y, por lo tanto, inevitable. El OARC / KEAO ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta cuestión. Así, la Resolución 018/2015 establece que «el principio de igualdad, entendido como idéntico trato a los operadores económicos, no obliga a que los poderes adjudicadores hagan un esfuerzo por borrar las diferencias entre ellos derivadas de sus distintas características como unidades productivas, diferencias que no dependen de la configuración del contrato o las bases de la licitación, sino que son connaturales a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia»; en la misma línea, la Resolución 006/2016 establece que condición de anterior adjudicatario es una ventaja inherente de facto y su efecto no es excluir al licitador que goza de ella, pues no hay ningún precepto legal que contenga esta prohibición para contratar. No obstante, la misma Resolución añade que la ventaja sería ilegítima si, por ejemplo, en los pliegos figurara «una estructura de la obligación favorable al anterior adjudicatario», que es precisamente la situación que se da en la cláusula impugnada. Según expresa el propio órgano de contratación, el valor residual pendiente de amortización al que se refiere la estipulación se corresponde con una serie de inversiones realizadas en los últimos años de la vigencia del contrato anterior, pues las inversiones iniciales se amortizaron

al finalizar el contrato. Estas inversiones se corresponden con material e instalaciones que, a la finalización del contrato, revierten al Ayuntamiento (señalética, parquímetros, bicicleta eléctrica…), como se deduce del inventario recogido en el Anexo III del PPT, o con la adecuación del parking de Salberdin (cuyo destino o propiedad actual no constan en el expediente). A juicio de este OARC / KEAO, la cláusula pretende garantizar al anterior contratista un umbral mínimo de rentabilidad (o, dicho de otra forma, garantizar una limitación de sus pérdidas) mediante la asunción por un tercero de parte del coste supuestamente no rentabilizado de las inversiones que la empresa efectuó para cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que no es aceptable. De acuerdo con el artículo 215 TRLCSP, la ejecución de los contratos administrativos se realiza a riesgo y ventura del contratista que, en principio, no puede reclamar al poder adjudicador si sus expectativas de beneficio no se han cumplido, del mismo modo que no está obligado a abonarle compensación alguna si dichas expectativas se han superado. Si como parte de sus obligaciones (siendo indiferente que se trate de obligaciones inicialmente pactadas o consecuencia de una modificación contractual) el anterior contratista asumió determinadas inversiones, hay que entender que aceptó también el riesgo de que su remuneración (sea el precio inicial o el nuevo precio que restaura el equilibrio patrimonial del contrato como efecto de una modificación) le produjera una rentabilidad menor de la esperada. La cláusula impugnada, al garantizar al anterior contratista una compensación por pérdida de rentabilidad y cargarla sobre el patrimonio del nuevo adjudicatario (es decir, potencialmente, sobre cualquier otro licitador) crea una ventaja ilegítima, más allá de las que pueden derivarse, por ejemplo, de la experiencia adquirida por la empresa sobre las peculiaridades de la prestación, y que se crea por la configuración que el poder adjudicador ha dado al contrato. Además de actuarse contra la igualdad de trato, se ha perjudicado la libre competencia, pues la cláusula es discriminatoriamente disuasoria del acceso al procedimiento para las empresas potencialmente interesadas al encarecer artificialmente sus costes, así como la debida proporcionalidad, ya que el equilibrio financiero del contrato original pudo y debió asegurase en el marco de las relaciones entre el poder adjudicador y la empresa anterior de modo menos lesivo para los principios generales de la contratación pública, recogidos en el artículo 1 TRLCSP (ver la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

Debe señalarse que la conclusión anterior no se altera si se considera que la cantidad a la que se refiere la estipulación debatida es parte del precio contractual pendiente de abono y de cuyo pago se responsabiliza al nuevo contratista, pues el efecto ventajoso es el mismo y es igualmente ilegítimo, dado que dicho pago corresponde en exclusiva al Ayuntamiento por ser el poder adjudicador y por haberse hecho propietario de los bienes al finalizar el contrato. Asimismo, no consta en el expediente si en el contrato anterior figuraba o no una estipulación que ampare o anticipe la que ahora está recurrida pero, a los efectos de la presente resolución, tal cuestión es indiferente, pues en ningún caso vincularía por sí sola a los licitadores, que no han sido parte del contrato (artículo 1091 del Código Civil).

2.2 PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Resolución 31/2013

El principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice el respeto de aquél (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002 [TJCE 2002, 202], HI, C-92/00, apartado 45, y Universale-Bau y otros [TJCE 2002, 369], C-470/99, apartado 91).

Este principio de transparencia conlleva que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de tal forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata. La contradicción clara entre las diversas cláusulas del contrato afecta a la formación de la voluntad de los licitadores, como de hecho ha ocurrido en el procedimiento de adjudicación de este contrato, y esta incongruencia se halla relacionada con el principio de igualdad de trato (art. 1 TRLCSP) y con la obligación de transparencia que deriva de éste principio, de lo que se ha de concluir que se ha producido una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato

Resolución 138/2015

Debe recordarse que el principio de transparencia implica que todos los potenciales licitadores a un contrato deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que el poder adjudicador va a tener en cuenta para elegir la oferta económicamente más ventajosa, lo que no comprende únicamente los criterios de adjudicación, sino cualesquiera otros aspectos que pueden ser relevantes para determinar la adjudicación (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, de 24/11/2005, C-331/04, de 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).

Resolución 6/2016

El primero de los motivos en los que se fundamenta la petición de nulidad del procedimiento de adjudicación se basa en que el poder adjudicador no ha facilitado información suficiente para formular oferta.

Esta alegación se halla íntimamente relacionada con el principio de transparencia que tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111). En particular, implica la obligación de que los licitadores, incluso potenciales, se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan

de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C470/99, Rec. p. I11617, apartado 93, y de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C213/07, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).

En consecuencia, el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

En el contrato que nos ocupa, el recurrente, con fecha 29 de junio de 2015, solicitó al órgano de contratación que fijara una fecha para proceder a la visita del Aquarium, tal y como se señala en las páginas 2 y 3 del PBT. Esta petición, fue presentada, asimismo, en el registro del órgano de contratación el mismo día 29 de junio de 2015. Este mismo día 29 de junio de 2015, el Técnico de Medio Ambiente remitió un informe al Área de contratación en el que señalaba la obligación contraída en el PBT por la administración contratante de materializar una visita a las instalaciones y la circunstancia de que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 30 de junio de 2015, por lo que proponía efectuar la visita el 2 de julio de 2015 y posponer la fecha de presentación de ofertas al día 9 de julio de 2015. Esta ampliación de plazo fue acordada por el Órgano de Contratación el 30 de junio de 2015.

Materializada la visita a las instalaciones el día 2 de junio de 2015, el recurrente alega que la visita fue breve pero, a juicio de este OARC/KEAO, esta circunstancia no prueba que fuera insuficiente para preparar una oferta. En este sentido, no consta en el expediente, ni la recurrente lo alega, que no se visitaran todas las instalaciones, ni que no se contestara a preguntas formuladas por la recurrente que se consideraran necesarias para la elaboración de la ofertas. Por otra parte, tal y como alega el poder adjudicador en su informe, el licitador pudo visitar la parte expositiva de las instalaciones cualquier día y hora en las que éstas se encuentran abiertas al público. En el recurso se indica que la baja ponderación asignada a su oferta en el criterio de adjudicación que evalúa el plan de mantenimiento se debe a la falta de información sobre las instalaciones, pero de la lectura del informe de evaluación se desprende que la puntuación asignada se debe a que el evaluador no se halla de acuerdo con la propuesta efectuada, por ejemplo, cuando afirma que «(…) no se está de acuerdo con la falta de mantenimiento preventivo expuesto en la página 20 y no se cree acertada la sustitución de elementos solo al fin de su vida útil o deja simplemente de funcionar. Se es de la opinión que la prevención en cualquier disciplina siempre es acertada.» o a que no se halla de acuerdo con las premisas sobre las que se basa la oferta, como cuando señala que «En relación con el tema de maquinaria, tecnología y aspectos asociados, señalar que el suscrito no está del todo de acuerdo con algunas de las premisas de la oferta en este aspecto (…)» o, a que cuando considera un aspecto de dicho plan como relevante, aprecia que lo ofertado está falto de definición, por ejemplo, cuando señala «Resaltar dentro del plan de mantenimiento, la limpieza y pintado de las paredes de la exposición. Aunque se echa en menos en la oferta la frecuencia del pintado de dichas paredes y la manera de adecuar las zonas bajas de los acuarios ya que esto es complicado de realizar y no se pude valorar

si lo que se piensa realizar es adecuado» En suma, de la valoración de la oferta efectuada no se aprecia que el licitador careciera de información para efectuarla, sino que lo ofertado o no está suficientemente definido, por lo que no puede ser valorado como oferta, o no es considerado como adecuado por el evaluador, lo cual se efectúa dentro del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica.

Asimismo, es de resaltar que la visita se efectuó con todos los licitadores, el mismo día, y que se retrasó la fecha de presentación de ofertas al efecto de que se pudiera utilizar la información extraída de la visita para la elaboración de la oferta.

Resolución 140/2017

Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe tenerse en cuenta que, aunque el principio de transparencia exige que todos los datos relevantes para la adjudicación sean lo suficientemente claros como para ser conocidos en el mismo sentido por todos los operadores económicos interesados en la licitación, no es menos cierto que el esfuerzo que, con esa finalidad, debe realizar el órgano de contratación ha de entenderse dirigido a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes (STJUE, asunto C-19/00, SIAC Construction, EU:C:2001:553). Téngase en cuenta que, en este caso, el objeto del contrato tiene una alta complejidad técnica, y las empresas que concurren a su licitación gozan, necesariamente, de una gran cualificación en la materia, por lo que hay que suponer que las posibles imprecisiones del PPT (como la relativas a la delimitación de conceptos como «caudal» o «acceso», por ejemplo), pueden ser fácilmente compensadas por su lectura experta de los documentos contractuales o por consultas dirigidas al poder adjudicador (que no consta que se hayan formulado, lo que es un dato relevante en este contexto, según se deduce del apartado 56 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015). Esta diligencia debe suponerse especialmente en las empresas dotadas de la solvencia técnica necesaria para licitar al contrato impugnado, de gran complejidad tecnológica.

Resolución 40/2018

Respecto al reproche que formula el recurso porque se desconocen los riesgos no cubiertos por contratos o garantías en vigor, se observa que la propia cláusula 8 del PPT contiene un listado con los equipos que disponen de un contrato de mantenimiento en vigor, incluyendo la fecha de finalización. Sin embargo, no consta entre la documentación contractual el alcance y las características de las garantías cubiertas, ni el modo de conocerlas, lo que es un dato necesario para conocer el alcance de las obligaciones asumidas por el contratista, a la vista del apartado 8 del PPT; todo ello impide a los potenciales licitadores formalizar una oferta con conocimiento de causa. Nuevamente, debe descartarse que sea relevante que la recurrente pudiera conocer dichos datos por ser la actual prestadora del servicio, pues en virtud del principio de transparencia es obligatorio para el poder adjudicador que los datos relevantes para la selección del contratista sean conocidos por todos los interesados (ver, por todas, la Resolución 6/2016 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita).

Resolución 68/2018

Como es bien sabido, la obligación de transparencia implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO).

A la vista de esta descripción del alcance y contenido del principio de transparencia, este OARC / KEAO estima que no cabe trasladar a los licitadores (y en este caso concreto, al adjudicatario impugnado), por muy diligentes que puedan ser y por muy acostumbrados que estén a operar en el mercado de la compra pública, la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas dispersas en distintos documentos contractuales, sin remisiones entre ellas y ubicadas de forma sistemáticamente improcedente por contraria al TRLCSP y su normativa de desarrollo y con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos en un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento.

2.3 LIBERTAD DE ACCESO

Resolución 116/2014

OCTAVO: El artículo 117.2 TRLCSP establece que «Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.» De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

2.4 LIBRE COMPETENCIA

Resolución 42/20123

En relación a ese último motivo del recurso se observa que, en el caso que se analiza, los términos de las prescripciones técnicas, al no ser definiciones neutras, vienen a hacer referencia a unos productos o bienes de una marca concreta, lo que se constata al comparar los términos o especificaciones que se recogen en el Pliego de bases técnicas y los del catálogo de los productos o bienes señalados por la pericia ofrecida por la entidad recurrente. Además, esa coincidencia hace que se infrinja el principio de la libre concurrencia, al cerrar el paso a otros bienes o productos de marcas diferentes, según queda reflejado en el informe de la pericia del Departamento de Desarrollo Económico y Competitividad, lo que desvirtúa lo aducido desde el informe del Ayuntamiento de Vitoria, en que se afirma que no se favorece o descarta a ninguna empresa o producto. A este respecto, en la pericia del Departamento de Desarrollo Económico y Competitividad se destaca:

> Pliego de Cláusulas Técnicas de Instalación en régimen de arrendamiento, con opción de compra
>
> Pto. 4.3 Estudio de los Centros de Mando
>
> (…)
>
> Dictamen: La regulación máxima a 170 no tiene sentido, contraviene las recomendaciones técnicas y tampoco se ajusta a los modelos comerciales existentes, **excepto un caso que es el aportado en la prueba pericial de**

parte. Si las lámparas son VSAP, la tensión mínima que se podría exigir sería de 180 V, siempre que se justifique alimentaciones a 220V (harto difícil y aisladamente, ya que la tensión de suministro normalizada por reglamento actual de baja tensión son 230 c.a.) y 187 V como valor general: Coincido por tanto en la mayor parte de lo indicado en el informe pericial de parte.

(…)

Pto. 5.1 Centro de Mando

(…)

2. Sobre las medidas de los modelos 1 y 2

No se entiende que se indiquen unas medidas fijas, cuando no existe normalización, ni recomendaciones al respecto. Tampoco lo justifica detalles estéticos o la existencia de cuadros próximos, con otras medidas.

No coinciden las medidas de los cuadros existentes en el mercado, salvo uno de los modelos indicados en el informe pericial de parte.

3. Sobre exigir armarios de poliéster reforzado

No se comprende esta exigencia que limita la libre concurrencia de productos, ya que en el punto 1 se ha indicado que muchos de los productos que dispones del IP 54 son a base a armarios metálicos, generalmente en acero inoxidable y que además cuentan con certificación.

Pto. 5.2 Equipo estabilizador-reductor de flujo

Precisión mejor del 0,5%

La especificación Aenor EA 0032: 2007, «Equipos estabilizadores de tensión y reductores de flujo luminoso en cabecera de línea. Requisitos de funcionamiento «, indica en el apartado 3.5 Tolerancia de la tensión de salida:

Tensión de salida en régimen nominal: 230 V +/- 2%

La Guía de Gestión Energética en el alumbrado público de 2012, emitida por la Comunidad de Madrid (organización a cargo de la Dirección General de Industria, Energía y Minas), en colaboración con FENERCOM (Fundación de la Energía de la Comunidad de Madrid) y que cuenta con los membretes en contraportada del MINETUR y del IDEA indica en el Capítulo 1. Ahorro energético en las instalaciones de alumbrado, punto 1.3.2.1., pág. 23, señala en Funcionamiento de los reductores de flujo luminoso:

«La regulación de la tensión nominal de salida tiene que seguir manteniéndose +/- 1%,…»

(…)

Intensidad máxima admisible de 8 a 107 A

Lo que debiera indicar no es la intensidad máxima por fase, sino la potencia correspondiente a cada cuadro.

Por tanto, es un dato incorrecto y que vulnera la libre competencia.

Cada fabricante utiliza bien un tabla que indica la relación de la potencia con la intensidad, bien una potencia disipada en función de la potencia del equipo o bien un rendimiento en función de la potencia.

Por tanto, el criterio indicado vulnera la libre competencia y además es incompleto.

Grupo de regulación en base a transformadores toroidales de alta eficiencia (dinámicos)

Esto es uno de los tres posibles tipos de estabilizadores-reductores (electromecánicos, dinámicos, estáticos) de flujo y precisamente no el mejor de todos (los mejores son los estáticos, es la última tecnología y en general los de más coste). No existe tampoco ninguna normativa de obligado cumplimiento, ni especificación que determine el sistema más oportuno. Por tanto, también vulnera la libre competencia y limita la mejora en calidad.

Pto. 5.2.2 Módulo de Control

Medida de 6 tensiones (para medida por fase de entrada y salida de los elementos de regulación): No justificada.

La mayoría de las marcas de productos no indica nada al respecto, salvo un modelo de… que indica 10 medidas digitales y 17 analógica.

Comunicación futura en reda LAN-radio WIFligbee: No justificado y no es común en los sistemas comercializados.

VALORACIÓN FINAL DEL DOCUMENTO.

Dicho documento tiene imprecisiones y errores técnicos, coincide en gran parte con datos que sólo proporciona el catálogo de una marca determinada**.**

Este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ha de llegar a la conclusión de que en el Pliego de prescripciones técnicas del contrato de arrendamiento con opción de compra de los equipos reguladores de flujo para alumbrado público en Vitoria-Gasteiz se han introducido un conjunto de restricciones que crean trabas a la apertura del contrato a la competencia. Conviene recordar que, como ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público, como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos, para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre concurrencia. Esto

aparece consagrado en nuestro TRLCSP, de modo expreso, en los artículos 1 y 139 y tiene su origen en las diferentes Directivas comunitaria, en el contrato que nos atañe en la Directiva 2004/18/CE del Consejo y el Parlamento Europeo, siendo innegable pues que la necesidad de respetar el principio de la libre concurrencia y, por ende, el de la no discriminación es consustancial a la normativa de contratos del sector público.

Resolución 19/2014

El recurrente afirma tener dudas razonables sobre el cumplimiento por parte de los licitadores admitidos de los requisitos mínimos de solvencia exigidos en los Pliegos, y añade que la hipotética admisión de empresas que no cumplen con dichos requisitos podría hacer variar la valoración de las proposiciones y la adjudicación del contrato. En este sentido, de las páginas del expediente remitido, en las que figura la documentación aportada por las empresas Saitim S.L. (198 a 208), Levitec Sistemas S.L. (178 a 189) e Ingelec Rioja S.L. (136 a 140) en orden a acreditar su solvencia técnica o profesional, sin necesidad de que la recurrente tenga que acceder al mismo y completar su recurso, se deduce de forma indubitada que las citadas empresas no cuentan con la solvencia técnica o profesional mínima exigida en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y que su admisión a la licitación se debe a una apreciación subjetiva y arbitraria (que se repite en el informe de remisión del expediente de este recurso) que no tiene apoyo en criterios objetivos, ni siquiera en una cierta discrecionalidad de la que pudiera subrogarse el informante. Es de reseñar que el informante omite una mínima explicación en defensa de su juicio, en forma de recoger las razones ajenas al pliego que hubiesen motivado el mismo. Como recuerda la STC 353/1993 en su fundamento jurídico tercero así sucede «en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que en cuanto tal escapa del control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que naturalmente deberán de ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico» y es que la documentación presentada por estas empresas, en cuanto a la solvencia mínima exigida, soporta carencias insalvables por un juicio técnico, dado que no acredita la realización de dos suministros iguales o similares.

Además, la admisión de estas ofertas, ninguna de las cuales resulta adjudicataria, es un acto que, sin embargo, no se puede pasar por alto, pues tiene incidencia en la adjudicación, que en principio es el acto impugnado, ya que hace que se desvirtúe la misma, al minorar el valor promedio de las bajas de las ofertas, en perjuicio de los ofertantes que deban de obtener mejor puntuación de sus ofertas económicas con arreglo al criterio matemático recogido en los pliegos. Ello supone la infracción del principio de igualdad de trato que se debe a todos los licitadores, pues se hace, como indica la recurrente en detrimento de las proposiciones de otras empresas licitantes que cuentan, en principio, con la solvencia técnica debida.

Por todo ello, el motivo de impugnación consistente en la falta de acreditación, por parte de las empresas licitantes mencionadas, de la solvencia técnica mínima debe ser aceptado, lo que obliga a la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la infracción, esto es, el informe técnico de 12 de Septiembre de 2013 en el que se informaba «Revisada la documentación, se concluye que todas las empresas acreditan la solvencia técnica y

financiera y consideramos que son plenamente solventes, técnica y profesionalmente para la ejecución de la obra objeto de este concurso» para que emitiéndose un nuevo informe técnico se proceda a excluir del procedimiento de contratación a las empresas que no cuentan con la solvencia técnica exigida, es decir Saitim S.L., Levitec Sistemas S.L. e Ingelec Rioja S.L ., procediendo después a continuarlo sin más variación que la que pueda resultar del resto de motivos del recurso, para concluirlo conforme a derecho.

Otra cosa resulta la afirmación de que esas empresas no buscan lealmente la adjudicación del contrato, basada únicamente en la escasa cuantía de la baja ofertada por dichos licitadores, en torno a un 1%, y la sospecha de concertación entre competidores, aportando como otro fundamento el hecho de que no hayan modificado el precio de adquisición de los equipos arrendados que figura en los Pliegos cuando dicho importe no es criterio de adjudicación, por ser esta una cuestión que excede de la resolución de este recurso especial y estar encomendada a los órganos llamados a velar por la competencia.

Resolución 139/2015

SEXTO: Existe un segundo motivo de impugnación, que es la supuesta vulneración del art. 17 de la Ley 3/1991, de competencia desleal, por ofertar un precio por hora de servicios especiales de ENG significativamente inferior si se compara con el precio ofertado por el servicio ordinario de ENG.

Este motivo debe ser desestimado de plano pues el recurrente basa su denuncia en el único argumento de que uno de los precios ofertados por el adjudicatario (precio hora por servicios especiales de ENG), es significativamente inferior a otro de los precios ofertados (servicio ordinario ENG), cuando la forma de determinación del precio del contrato es por precios unitarios (apartado D del cuadro de características del PCJ) y, a tal efecto, los licitadores deben facilitar hasta un total de ocho precios unitarios, representando el precio denunciado únicamente un 5,50 por ciento del presupuesto máximo anual del contrato [5.278 € –que resulta de multiplicar 203 unidades estimadas de servicios especiales por 26 €/unidad– sobre 96.000 €]. Es decir, la recurrente basa todo su argumento de la existencia de una práctica predatoria en el señalamiento de un precio unitario que se estima que consuma una parte poco significativa del presupuesto estimado anual del contrato, por lo que en ningún caso se puede estimar que se produzca el efecto del art. 17 de la Ley 3/1991, de competencia desleal.

Resolución 41/2016

El recurso solicita la anulación de la adjudicación por entender que la oferta del adjudicatario infringe las obligaciones que le impone la CNMC en materia de precios regulados; en concreto, la oferta de TELEFÓNICA, operador dominante, sería irreplicable para los demás licitadores e incluiría «reducciones de precios anticompetitivas (estrechamiento de márgenes o precios predatorios)». La pretensión no puede ser aceptada porque en el estado actual de la legislación europea o nacional sobre contratación pública no hay ninguna norma que permita la exclusión del procedimiento de una oferta por el solo hecho de incurrir en estas prácticas, careciendo de sentido entrar a valorar el fondo de la alegación de EUSKALTEL

porque en ningún caso tal valoración podría concluir en la anulación de la adjudicación, incluso en el muy improbable caso de que este OARC / KEAO pudiera llegar a determinar con certeza suficiente la existencia de la práctica (sobre la dificultad de verificar en el procedimiento de adjudicación, y por extensión, en el de recurso especial, un abuso de posición dominante, ver las Conclusiones de la Abogada General, de 13 de marzo de 2008, en el asunto C-454/06, «Pressetext Nachrichtenagentur GmbH», ECLI:EU:C:2008:167).

Cuestión distinta es que la resolución que en su día se dicte por la CNMC, en el caso de apreciar la ilicitud de las prácticas, pueda tener consecuencias que, dependiendo de su contenido, afecten a las relaciones jurídicas entre el adjudicatario (o contratista, si el contrato ya se ha perfeccionado con su formalización) y la Administración. A la vista de todo ello, no es necesario que este Órgano se pronuncie sobre la solicitud de ampliación del plazo para resolver el recurso ni sobre la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.5 OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA

Resolución 109/2014

El criterio impugnado estable un sistema de puntuaciones según el porcentaje de baja ofertado con el límite del 15 %, pues a partir de éste, sea cual sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación asignada será la misma.

Este forma de valorar el precio no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes) pues el uso de este mecanismo puede contribuir a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto (Resolución OARC 121/2013).

En suma, debe concluirse que el criterio de adjudicación «precio de la oferta» del apartado 30.2. de la carátula del PCAP es contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, pues impide que los licitadores enfrenten sus ofertas en sana competencia, por lo que debe declararse su nulidad.

Resolución 98/2013

El criterio «económico», que ha sido reproducido en el Fundamento de Derecho Quinto, otorga de 2,5 puntos por cada 1% de descuento respecto del presupuesto máximo de licitación con un límite de 50 puntos, de forma que siendo conocido el presupuesto máximo

se puede fácilmente deducir el umbral de precio por debajo del cual no se obtendrán más de 50 puntos. Antes de cualquier otra cosa, debe manifestarse que una fórmula en la que todos sus parámetros son conocidos o pueden ser deducidos de su simple lectura, de tal manera que puede saberse de antemano la cantidad que se debe ofertar para obtener todos los puntos, con independencia del contenido de las demás ofertas, queda desvirtuada para su uso como criterio de adjudicación, pues pierde su virtualidad para diferenciar unas proposiciones de otras. Por otro lado, se trata de una fórmula que infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa establecido en el artículo 1 TRLCSP, pues no puntúa las rebajas del presupuesto de licitación superiores al 20%, cuando es evidente que dichas rebajas suponen una ventaja económica mayor para el poder adjudicador, así como los de competencia y eficiente utilización de los fondos públicos señalados en el mismo precepto, pues se desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar ofertas más competitivas, que saben que no obtendrán recompensa por su esfuerzo.

No sirve afirmar que el presupuesto máximo ya ha sufrido un descuento sobre los precios del contrato actualmente en vigor y más aún si se toma como referencia los presupuestos máximos de licitación de los años 2007 y 2008. Es el mercado, a través de las ofertas de los licitadores en competencia, quien determinará hasta dónde son éstos capaces de mejorar el presupuesto máximo de licitación. Si el HUC quiere evitar ofertas económicas carentes de veracidad, debe expresar en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, tal y como expresa el artículo 152.2 TRLCSP, que establece un procedimiento contradictorio para declarar la temeridad de una oferta que no puede sustituirse por una fórmula de valoración como la analizada (ver la sentencia de 16 de septiembre de 2013 del Tribunal General de la UE, asunto T-402/06, en especial los apartados 59 y 88 y siguientes). Además, los parámetros objetivos no pueden ir referidos a un porcentaje del presupuesto máximo de licitación porque se incurriría en el mismo vicio, anteriormente señalado, de que el umbral de la temeridad sería de antemano conocido.

En suma, debe concluirse que el criterio de adjudicación «económico» del apartado 30.2. a) de la carátula del PCAP es contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, pues impide que los licitadores enfrenten sus ofertas en sana competencia, por lo que debe declararse su nulidad.

Resolución 52/2017

El hecho de que se trate de una marca o producto ampliamente aceptada en el mercado nada dice de la identificación de los aspectos ventajosos de la oferta para la mejor satisfacción de las necesidades de la Administración, que es precisamente lo que pretenden los criterios de adjudicación; que la marca (o el producto) sea muy vendida no le añade objetivamente ningún valor técnico, calidad o funcionalidad beneficiosa para la UPV - EHU y es además, contrario a la libre competencia y discriminatorio, por ejemplo, para las marcas especializadas en un segmento de compradores muy concreto o reducido respecto al total del mercado, para las que acaban de ingresar en el mercado o han ampliado su ámbito recientemente (a veces con propuestas innovadoras), o para las que actúan en un ámbito geográfico reducido, las cuales pueden presentar las proposiciones objetivamente más ventajosas en razón de su

precio y prestaciones. Independientemente de todo ello, si el argumento a favor de este criterio es la identidad entre ventas y ventaja económica, no se alcanza a comprender por qué no se valora la cuota de mercado mundial y solo se evalúan la nacional y la de una parte de la Unión Europea (UE – 15)5, segregada por cierto arbitrariamente de su globalidad.

Por lo que se refiere a la inversión global en I+D+i de la empresa fabricante, es un subcriterio que tampoco dice nada sobre las características objetivamente ventajosas de un producto, entre otras razones, porque se mide únicamente en términos cuantitativos, ignorando la eficiencia y resultados del gasto y obviando si dichos resultados han incorporado o no a los productos alguna ventaja tangible para el poder adjudicador; debe señalarse que, incluso cuando la legislación contractual admite la relevancia de los medios de estudio e investigación del licitador (no del fabricante) lo hace a efectos de la solvencia técnica, para supuestos muy específicos y en términos muy diferentes a los aquí expresados (ver el artículo 77.1 d) del TRLCSP). Además, es un criterio contrario a la libre competencia y discriminatorio para los productos o marcas de fabricantes que han optado por aprovechar los resultados obtenidos por la investigación de terceros mediante el uso de sus patentes o licencias en lugar de efectuar sus propias inversiones en I+D+i.

Finalmente, debe analizarse el criterio relativo al «Canal oficial de formación y certificación técnica en España». A falta de una justificación de la elección de los criterios de adjudicación en el expediente, el poder adjudicador en su informe de alegaciones al recurso fundamenta el criterio impugnado en la necesidad de que los técnicos de la propia UPV / EHU sean los que atiendan el soporte técnico de los equipos en el periodo que media entre el final del periodo de garantía asumido por el contratista y el final de su vida útil. (…). Por otro lado, no consta qué ventaja aporta el hecho de que la formación proceda precisamente del fabricante ni que sea certificada por él respecto a la formación que puede ofrecerse de otro modo o a la ampliación de los periodos de garantía mínimos, lo que infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 del TRLCSP).

2.6 OTROS

2.6.1 Libertad de pactos

Resolución 41/2015

El análisis de este motivo de recurso debe partir de lo dispuesto en el artículo 25.1 TRLCSP, que establece que «en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.» De este precepto se

[5]Con el término «UE – 15» se suele hacer referencia a los quince países miembros que compusieron la Unión Europea entre el 1 de enero de 1995 y el 30 de abril de 2004, o bien a la propia UE en dicha época; ver http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:EU_enlargements/es.

deduce que el contenido legalmente posible de los contratos públicos, incluidos los contratos administrativos, no se agota con la reproducción en el clausulado del régimen jurídico previsto en la legislación aplicable para cada modalidad contractual, sino que pueden comprender también estipulaciones distintas a la simple traslación de lo señalado en las normas. Esta posibilidad de introducción de regulación contractual no expresamente prevista legitima, desde luego, los acuerdos o pactos cuyo objeto es una materia que el propio TRLCSP considera disponible por las partes, como sucede en los numerosos preceptos en los que se establece un régimen aplicable «salvo pacto en contrario» o expresiones similares (ver, por ejemplo, los 27.2 y 297.1 del TRLCSP), pero también faculta para acordar estipulaciones que establecen un régimen distinto del legal, pudiéndose llegar a insertar en el contrato figuras inexistentes en el TRLCSP; de hecho, algunas instituciones actualmente recogidas en el TRLCSP fueron anteriormente utilizados en la práctica administrativa al amparo de la libertad de pactos (por ejemplo, la variación de precios del artículo 87.4 o la prórroga de la vigencia de los contratos de suministros renovables, hoy generalmente admitida por el artículo 23.2 TRLCSP). No es, por lo tanto, razón suficiente para rechazar la previsión de que el contrato prevea el pago de parte del precio por terceros no signatarios del contrato el hecho de que sea una posibilidad no expresamente prevista en el TRLCSP. Por el contrario, sí que debe reflexionarse sobre el ajuste de esta estipulación, ciertamente novedosa e infrecuente en la práctica, a los límites del artículo 25.1 TRLCSP, es decir, el interés público, los principios de buena administración y el respeto al Ordenamiento Jurídico.

2.6.2 Confianza legítima

Resolución 144/2015

Finalmente, no es razonable penalizar ahora a EUSKALTEL por no haberse tenido por notificado el día 26 de octubre e ignorar que el poder adjudicador le notificó (correctamente) la exclusión el día 30 de octubre con señalamiento expreso de una vía de impugnación cuyo plazo finalizaba el 17 de noviembre, pues sería tanto como perjudicarle por confiar en la información aportada por la propia Administración, algo totalmente contrario al principio de confianza legítima (artículo 3.1 de la LRJ – PAC).

2.6.3 Buena fe

Resolución 130/2015

Finalmente, debe recordarse que las declaraciones de confidencialidad de las proposiciones de los adjudicatarios no es muy diferente en su extensión y justificación de la que formula el recurrente, e incluso en algunos casos es menos estricta que esta última, dándose la circunstancia de que las primeras dan lugar a que el recurso alegue reiterados reproches de provocar indefensión. En este sentido, de las sentencias Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1998 se deduce que quien pretende para

sí un determinado efecto jurídico derivado de la norma debe pretender lo mismo para los demás, siendo contrario a la buena fe obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende.

Por todo ello, debe desestimarse que sea necesaria la retroacción de actuaciones para facilitar un nuevo acceso al expediente.

2.6.4 Propios actos

Resolución 125/2015

En este sentido, la doctrina de que nadie puede actuar válidamente contra sus propios actos impide actuar contra decisiones propias «que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inexorablemente las situaciones jurídicas de sus autores» (ver, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 30/3/1999 y las que en ella se citan).

Resolución 13/2016

Por otro lado, este OARC / KEAO entiende que no es aquí aplicable la doctrina de los propios actos, pues no se puede privar a un licitador de una acción contra una actuación administrativa que le perjudica porque ha tolerado otra que le beneficia, supuestamente basada en los mismos criterios; ello sería tanto como exigirle que, para admitir el recurso, impugnara o rechazara previamente por coherencia un acto administrativo que le beneficia, algo manifiestamente absurdo.

2.6.5 Conservación de los actos administrativos

Resolución 53/2016

Por todo ello, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de la adjudicación impugnada. No obstante, el único vicio de legalidad que se aprecia es que el plazo de vigencia es más breve que el que establecen los pliegos, si bien dicho plazo ilegal está necesariamente subsumido en el plazo correcto. Por ello, el principio de conservación de los actos administrativos («utile per inutile non vitiatur») que inspira los artículos 64.2 y 66 de la LRJ – PAC exige que la anulación del acto no sea total ni suponga retroacción de actuaciones, siendo suficiente que este OARC / KEAO declare que el acto impugnado debe entenderse modificado en el sentido de que el plazo de vigencia inicial del contrato es de dos años, estipulación que debe reflejarse igualmente en el documento de formalización (artículo 26 del TRLCSP, apartados 1 g) y 2).

3. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN

3.1. OPERADORES ECONÓMICOS

3.1.1 Concepto

Resolución 27/2012

Antes de entrar a analizar las cuestiones de fondo del recurso, debe mencionarse la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de operador económico del artículo 1 apartado 8 párrafo segundo de la Directiva 2004/18. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en su sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-305/08, Consorcio Nazionale Interuniversitario per le Science del Mare), en su punto 28 señala:

> 28. A efectos de responder a esta cuestión, procede señalar, de entrada, que, por un lado, las disposiciones de la Directiva 2004/18 no contienen una definición del concepto de «operador económico» y que, por otro lado, no distinguen entre los licitadores, en función de si su finalidad prioritaria es o no la obtención de lucro, y tampoco excluyen, expresamente, (…).

Mientras que el punto 30 de la propia sentencia añade que:

> 30. Igualmente, el artículo 1, apartado 8, párrafos primero y segundo, de dicha Directiva reconoce la condición de «operador económico» no sólo a toda persona física o jurídica, sino también, expresamente, a toda «entidad pública» y a las agrupaciones constituidas por tales entidades, que ofrezcan servicios en el mercado. Pues bien, el concepto de «entidad pública» puede comprender también organismos cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro, que no tienen una estructura empresarial y no garantizan una presencia continua en el mercado.

Sobre la capacidad de los operadores económicos, la TJUE, de 18 de diciembre de 2007, (Asunto C-357/6, Frigerio) en su apartado 42 afirma que:

> 42. Así pues, tanto de las normas comunitarias como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera

> sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos. La capacidad efectiva de dicha entidad para cumplir los requisitos establecidos en el anuncio de licitación se aprecia, como señala acertadamente el Gobierno checo, en una fase ulterior del procedimiento, con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 44 a 52 de la Directiva 2004/18.

Acerca de la naturaleza jurídica de las Federaciones Deportivas basta decir que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de Febrero de 2009, deja claro que éstas no son Administraciones Públicas, pero sí están sujetas a principios y reglas administrativos en cuanto ejercen funciones públicas, con lo que ello comporta en cuanto a garantías y controles.

La conclusión a lo expuesto es que el carácter y naturaleza jurídica de la Federaciones Deportivas no les impide ser operadores económicos, en el sentido previsto por la Directiva 2004/18/CE.

3.1.2 Entidades sin ánimo de lucro

Resolución 98/2014

Respecto a la consideración de que las entidades sin ánimo de lucro, como las adjudicatarias impugnadas, no debieran participar en licitaciones públicas pues ése no es el campo en el que deben desarrollar su labor social o humanitaria, debe recordarse que la legislación contractual no excluye la posibilidad de que dichas entidades sean adjudicatarias de contratos públicos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, ha aceptado expresamente esta posibilidad (ver, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre 2012, asunto C-159/11, apartado 26). Por lo que se refiere a las ventajas competitivas de las entidades sin ánimo de lucro que el recurrente cita (subvenciones, colaboraciones voluntarias, exenciones tributarias, etc.), se observa que simplemente se mencionan o se dan por supuestas, pero no son objeto de la más mínima prueba o concreción, ni tampoco se argumenta en qué afectan a este específico procedimiento de adjudicación. Por otro lado, y desde el punto de vista de la contratación pública, único que este Órgano puede adoptar, ninguna de esas ventajas (ni las ventajas similares de las que puede disfrutar una empresa mercantil) sería, en principio, ilegítima, pues están amparadas por las normas correspondientes; cuestión diferente es que se acredite la existencia de una ayuda de estado ilegal, cosa que no se ha planteado, que sí podría dar lugar a desigualdades entre las empresas con repercusión en el procedimiento (ver, por ejemplo, el artículo 152.3 TRLCSP).

3.1.3 Operadores económicos subvencionados

Resolución 45/2012

En lo referente a la alegación del operador económico recurrente de que no puede fundamentarse dicha baja en el disfrute previo de ayudas o subvenciones públicas, cabe

citar los fundamentos jurídicos 27 y 32 de la Sentencia de 7 de diciembre de 2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) Caso ARGE Gewässerschutz contra und Fortswirtschaft. (asunto C-94/99) (TJCE 2000\314):

> 27. Pues bien, a este respecto procede subrayar que los artículos 23 y 29 a 37 de la Directiva 92/50 contienen disposiciones precisas sobre los requisitos de selección de los prestadores de servicios que pueden presentar una oferta y sobre los criterios de adjudicación del contrato, pero ninguna de dichas disposiciones prevé que un licitador deba excluirse o su oferta deba rechazarse por principio por el mero hecho de recibir subvenciones públicas.
>
> (…)
>
> 32. Por lo tanto, basta con responder a la primera cuestión que el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la Directiva 92/50 no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones.

Es de señalar que las referencias que se realizan en esta sentencia a la Directiva 92/50, en lo que se refieren al principio de igualdad y selección de los prestadores de servicios, se ha recogido en términos semejantes en la Directiva 2004/18, actualmente en vigor, por lo que las argumentaciones efectuadas por el TJCE con respecto a la primera disposición son de aplicación a la segunda y, por ello, cabe afirmar que no existe violación del principio de igualdad por el hecho de que la adjudicataria reciba subvenciones o ayudas que le permitan realizar una oferta considerablemente más baja que la de los demás licitadores.

Aunque el operador económico recurrente no lo alegue de forma expresa, en el caso de que su motivo de impugnación se refiriese a que la empresa adjudicataria ha recibido una ayuda de estado, cabe indicar que, si es ésta la razón para que se aprecie la temeridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 136.3 LCSP la oferta únicamente podrá ser rechazada si se acredita que la ayuda se ha concedido contraviniendo las disposiciones comunitarias en materia de ayudas y, en este sentido, cabe indicar que el operador económico recurrente no aporta prueba, acreditación o argumentación que fundamente su alegación.

3.1.4 Sociedades irregulares (no inscritas)

Resolución 131/2015

OCTAVO: La cuestión fundamental objeto de este recurso es determinar si la exigencia de presentación de las escritura de constitución y los estatutos que, según el artículo 146.1 a) TRLCSP y la cláusula 13.2 del PCAP, deben aportar los licitadores, se extiende o no también a la acreditación de su inscripción cuando, como en este caso, dicha inscripción es exigible de acuerdo con la legislación mercantil (artículo 33 TRLSC). A juicio de este Órgano, los citados preceptos deben interpretarse en el sentido de que la empresa debe acreditar tanto

la existencia de las escrituras y los estatutos como la propia inscripción. Téngase en cuenta que, como bien dice el poder adjudicador, se trata de acreditar la personalidad jurídica y, si ésta solo se obtiene con la inscripción, es manifiestamente insuficiente presentar únicamente los documentos sin probar también que han sido inscritos, pues ello equivaldría a contratar con alguien que no ha demostrado su condición de persona jurídica, requisito necesario para contratar con el sector público, según el artículo 54.1 TRLCSP. La exclusión es, por lo tanto, correcta, pues se ha producido tras conceder un plazo de subsanación que el recurrente no aprovechó, no siendo cierto que el poder adjudicador tuviera a su disposición alternativas menos drásticas ante la flagrante falta de acreditación de un requisito cuya prueba de existencia incumbe, según el artículo 146.1 TRLCSP, al propio operador económico y solo a él.

3.1.5 Centros especiales de empleo

Resolución 127/2016

El contrato que nos ocupa se halla reservado a Centros Especiales de Empleo, tal y como expresamente se especifica en la cláusula 13.1 del PCEA y en los anuncios del DOUE (punto III.1.1 del anuncio) de fecha 17 de septiembre de 2016 y del BOE (punto 2.b del anuncio), de fecha 28 de septiembre de 2016. Dicha previsión implica que el derecho a participar en el procedimiento de adjudicación se halla reservado a una tipología concreta de entidades, los Centros Especiales de Empleo, cuya creación exige su calificación e inscripción en el Registro de Centros que la Administración Central, o, en su caso, las Administraciones Autonómicas, hayan creado dentro de su ámbito de competencias (art. 7 del real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo de minusválidos), de tal forma que, aquellas entidades que no acrediten este extremo no podrán participar en el procedimiento de adjudicación del contrato.

En contra de lo que manifiesta el recurrente, no nos hallamos ante un requisito de solvencia técnica o profesional, la cual en los supuestos de ofertas presentadas por uniones temporales de empresarios cabe calcularse acumulando la de las empresas componentes, siempre y cuando cada una de ellas disponga de alguna solvencia que aportar al conjunto (ver, en este sentido, Resolución OARC/KEAO 56/2015), sino ante una acotación de la tipología de entidades que pueden tomar parte en el procedimiento de adjudicación. La finalidad de esta reserva de contratos y la justificación de que se excluya de ellos la competencia del resto de empresas que operan en el mismo sector de actividad se halla plasmada en el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, que manifiesta:

> (36) El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros

> grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

Las uniones de empresarios carecen de personalidad jurídica propia por lo que cada una de las empresas agrupadas debe acreditar su aptitud para contratar de conformidad con lo exigido en los pliegos de la licitación. Si la particularidad del contrato reservado consiste en la limitación del derecho de participación, pues únicamente pueden presentarse, en el caso que nos ocupa, centros especiales de empleo, su lógica consecuencia debe ser que todos y cada uno de los eventuales integrantes de una unión temporal de empresarios deben gozar de la calificación exigida. Téngase en cuenta que la finalidad que se persigue mediante la reserva del contrato no se alcanzaría si a través de la figura de la unión de empresarios pudieran participar empresas de una tipología diferente a la exigida pues ello supondría una apertura del contrato a empresas con las que las entidades a cuyo favor se reserva pueden tener dificultades para competir que es, precisamente, la razón que justifica la limitación del derecho de participación en el procedimiento.

3.2 PROHIBICIONES DE CONTRATAR

3.2.1 No son ampliables por los pliegos

Resolución 49/2012

En orden a dilucidar la cuestión de la legalidad planteada, se ha de traer a colación la doctrina emanada del Tribunal Supremo al respecto (Sentencia del TS, sala de lo Contencioso Administrativo de 18 de septiembre de 1996 RJ 1996/6591. Sentencia del TS, sala de lo Contencioso– Administrativo de 2 de junio de 1999 RJ 1999/5749. Doctrina que se confirma con la Sentencia del TS de 15 de julio de 1999 RJ 1999/5855 en la que sienta la doctrina general de que la capacidad y prohibiciones para contratar constituyen materias reservadas a la ley), que viene a señalar que la capacidad y las prohibiciones para contratar constituyen materias reservadas a la ley, lo que implica que las autoridades administrativas carecen de facultades para incorporar prohibiciones contractuales en los contratos administrativos por muy razonables que puedan parecer estas. Es decir, que considera que los pliegos no pueden ampliar el listado de prohibiciones para contratar que figura en la LCSP, lo que acontece con la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares cuya ilegalidad por esa causa es manifiesta.

Resolución 55/2018

Se impugna, asimismo, la cláusula 11.2 del PCAP porque no incluye la incompatibilidad de no poder redactar Inspecciones Técnicas de Edificios en el ámbito geográfico territorial del contrato. La inclusión de la citada causa de incompatibilidad evitaría una situación de «monopolio» del adjudicatario del contrato.

Una estipulación como la que el recurrente entiende que debería formar parte de la cláusula 11.2 del PCAP no tiene encaje legal en ninguna de las circunstancias personales recogidas en el artículo 54.1 del TRLCSP, que establece que, para contratar con el sector público, los operadores económicos deberán contar con plena capacidad de obrar, no estar incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia o, en su caso, clasificación. Tampoco se trata de alguna de las incompatibilidades especiales establecidas en el artículo 56 del TRLCSP. Finalmente, no se trata de una posición de conflicto de interés de las mencionadas en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE. De hecho, la cláusula cuya inserción se pretende no incide en absoluto sobre la aptitud del licitador para poder ser adjudicatario ni sobre circunstancia alguna que permita pensar que la participación del operador puede adulterar o falsear de algún modo el procedimiento de adjudicación o que su designación como contratista implicaría una incorrecta ejecución de la prestación (ver, en este último supuesto, el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE), pues el objeto del contrato no comprende la revisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios. En realidad, el recurrente pretende que los pliegos impongan al adjudicatario una limitación en su actividad empresarial ordinaria, ajena al contrato; esta limitación no solo no viene exigida o amparada por norma alguna ni es necesaria para la correcta ejecución de la prestación, sino que desborda el contenido posible del clausulado de un contrato público. Por ello, el motivo de impugnación debe ser desestimado.

3.3 CLASIFICACIÓN

3.3.1 Exigencia de clasificación no procedente

Resolución 75/2013

SÉPTIMO: El TRLCSP en su artículo 62.1 prevé que el requisito de estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica puede ser sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible. Según el artículo 65.1 del propio cuerpo normativo, «Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.» El contenido de este artículo debe completarse con lo dispuesto por la Disposición Transitoria Cuarta, del TRLCSP, sobre «Determinación de los casos en que es

exigible la clasificación de las empresas», que establece que «El apartado 1 del artículo 65, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.» El párrafo primero del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) señala que «para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, (…), será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación (…)». En desarrollo del mismo, el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en vigor en tanto en cuanto no se oponga al TRLCSP, concreta los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios.

La conclusión es que, en ausencia de las normas de desarrollo reglamentario que menciona la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP, y hechas las excepciones de su artículo 62.1, únicamente puede exigirse clasificación en los contratos de servicios descritos en el artículo 196.3 de la LCAP, siempre y cuando puedan encuadrarse dentro de alguno de los grupos y subgrupos previstos en el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001. Por el contrario, no es posible la exigencia de clasificación en los contratos de servicios que, en los términos del artículo 196.2 de la LCAP, tengan por objeto trabajos de consultoría y asistencia. En definitiva, la solución a la adecuación de la clasificación del contrato impugnado estriba, antes que nada, en calificar el objeto del contrato conforme al artículo 196 de la LCAP, en vigor a los únicos efectos de determinar la exigencia de clasificación, en tanto en cuanto todavía no se ha producido el desarrollo reglamentario que menciona la Disposición Transitoria Cuarta del TRLCSP.

3.3.2 Los pliegos no cumplen con la obligación de señalar la solvencia alternativa a la clasificación

Resolución 45/2016

ARINGAR y los Miembros de la Junta General reprochan que el PCAP en las cláusula B.2 y B.7 apartado 5), y en el anuncio de convocatoria pública, establecen como requisito para contratar encontrarse clasificado en el Grupo R, Subgrupo 5, Categoría D, y que paralelamente y de forma acumulativa el apartado 6) de la cláusula B.7 exige la acreditación de solvencia económica, financiera y técnica.

La Disposición Final Tercera. Tres de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre de Impulso de la Factura Electrónica, modificó el apartado 1 del artículo 65 del TRLCSP. No obstante, el punto ocho de la mencionada Disposición Final modificaba también la Disposición Transitoria cuarta del TRLCSP, que en su párrafo primero demoraba la entrada en vigor del artículo 65.1 del TRLCSP «(…) conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán los contratos de obras y los contratos de servicios, continuando vigente,

hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.». El desarrollo reglamentario que menciona el artículo 65.1 del TRLCSP ha tenido lugar a través del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, que modifica determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Su entrada en vigor el día 5 de noviembre del 2015 llevó aparejada la puesta en funcionamiento del nuevo sistema de determinación de clasificación y requisitos mínimos de solvencia, de plena aplicación a unos pliegos que fueron aprobados por la Junta General de la Mancomunidad el 22 de diciembre de 2015. Así, en su redacción actualmente en vigor, para los servicios que están en el ámbito de la clasificación –como es el caso puesto que el CPV del servicio contratado es el 90511100-3 «servicios de recogida de desperdicios urbanos», al que corresponde la clasificación del R, subgrupo R-5– el artículo 65.1 b) del TRLCSP prevé que «(…), el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato.»

Como señalan los recurrentes, las cláusula B.2 y B.7 5) del PCAP prevén que la solvencia económica, financiera y técnica se acredita mediante la certificación de encontrarse clasificada en el grupo R, subgrupo 5, categoría D, y la cláusula B.7 6) añade que la solvencia económica, financiera y técnica se acreditará mediante la presentación de los documentos que se detallan. En definitiva, el PCAP no recoge un sistema en el que la solvencia se puede acreditar indistintamente mediante clasificación en el grupo o subgrupo correspondiente al contrato o acreditando los requisitos de solvencia exigidos en el anuncio y detallados en los pliegos, sino que lo hace de forma acumulativa, contraria a la previsión del artículo 65.1 b) del TRLCSP. En consecuencia, deben considerarse nulas las cláusulas B.2 y B.7 5) del PCAP.

3.4 SOLVENCIA

3.4.1 Vinculada al objeto

Resolución 109/2014

Cabe indicar que conforme al art. 62 del TRLCSP los requisitos mínimos de solvencia han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. La vinculación al objeto del contrato no se aprecia en la experiencia solicitada (mantenimiento de hospitales) pues se refiere a un objeto más genérico que el del objeto del contrato, que es el mantenimiento de equipos electromédicos.

3.4.2 Medios de acreditación

Resolución 45/2012

En cuanto a los medios para acreditar la solvencia, vienen regulados en los artículos 64 a 68 de la citada LCSP, debiendo el órgano de contratación determinar los que exigirá para el contrato que licite pero siempre entre los recogidos en dichos artículos. Así lo dispone el artículo 63 cuando en su apartado primero señala que «1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68.»

De lo expuesto hasta aquí cabe deducir fácilmente que el órgano de contratación, al elaborar los pliegos que hayan de regir la licitación de un contrato determinado, deberá determinar y concretar qué medios, de los contemplados en la Ley, va a requerir de las empresas que deseen participar en la licitación en cuestión, para acreditar que poseen la solvencia necesaria, siempre en relación con el objeto del contrato y, en el momento de efectuar la valoración de la solvencia se deberá atener a los requisitos exigidos en el PPA por aplicación del principio de igualdad de trato.

Resolución 101/2016

Alega uno de los recurrentes que la cláusula 8 del PCEA, que limitar a los tres últimos ejercicios la acreditación de la experiencia profesional como requisito de solvencia técnica o profesional conculca el art. 78 del TRLCSP, que recoge el plazo de los últimos cinco años. La estipulación impugnada establece lo siguiente:

> Tener experiencia en trabajos similares a los del objeto del contrato, debiendo acreditar la prestación a lo largo de los tres últimos ejercicios de, al menos, un contrato de Gestión Integrada de Proyecto y/o Construcción en Edificación, con un volumen total de honorarios por dichos servicios superior a 800.000 euros, I.V.A. no incluido.

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, modificó el artículo 78 del TRLCSP, ampliando de tres a cinco años el periodo de tiempo al que se puede referir la relación de los principales servicios o trabajos realizados por los licitadores, a efectos de acreditar su solvencia técnica o profesional, estableciendo la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP que esta nueva redacción iniciaría su vigencia cuando las normas reglamentarias de desarrollo definieran los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establecieran para los distintos tipos de contratos, definición que ha tenido lugar mediante el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El poder adjudicador entiende que, en virtud del efecto directo de los artículos 58 y 60 y Anexo XII de la Directiva 2014/24, esta normativa está desplazada y debe entenderse aplicable el plazo de tres años previsto con carácter general en el apartado II a) ii) de dicho Anexo. No hay duda de

que la norma invocada por AK cumple gran parte de los requisitos generalmente exigidos para que el mandato de una Directiva tenga efecto directo y deba ser aplicado aunque ello suponga ignorar la normativa nacional; en concreto, se trata de una norma clara, precisa e incondicionada que no ha sido incorporada en plazo por el legislador nacional (en este sentido, ver el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los tribunales de recursos contractuales y disponible en la página web del OARC / KEAO, en adelante «documento de los tribunales de recursos contractuales»). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador está invocando frente al COAVN un contenido de la Directiva 2014/24 que establece para los operadores económicos un régimen más restrictivo que el del artículo 78 TRLCSP, pues impide el acceso al procedimiento de adjudicación de empresas o profesionales cuya experiencia previa se adquirió más allá de los tres últimos años pero dentro de los últimos cinco. Este efecto, conocido como «efecto directo vertical descendente», no está permitido por la jurisprudencia del TJUE (ver, por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, ECLI:EU:C:2013:829). El documento de los tribunales de recursos contractuales lo explica en los siguientes términos:

> (…) los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de «evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión». A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como «Estado.

Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse porque la estipulación debatida infringe el artículo 78 del TRLCSP y porque no concurren todos los requisitos para apreciar el efecto directo del apartado II a) ii) del Anexo XII de la Directiva 2014/24. Debe señalarse que, sin perjuicio del carácter de documento de estudio y análisis sin valor vinculante que tiene el documento de los tribunales de recursos (ver su apartado I), en él se señala el efecto directo de los artículos 58 y 60 de la Directiva 2014/24, pero no de su Anexo XII, que no se analiza en detalle.

3.4.3 Proporcionalidad

Resolución 85/2014

La solvencia es el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se considere que es capaz de ejecutar con garantías las prestaciones propias de un contrato. No hay, por lo tanto, empresas solventes en abstracto, sino empresas solventes en relación a un concreto contrato. Es por ello que el legislador comunitario especifica en el artículo 44.2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31

de marzo, que los umbrales de solvencia exigibles deben ser proporcionados al objeto del contrato, pues está pensando en que el órgano de contratación determine en cada caso el nivel de solvencia mínimo necesario para participar en el procedimiento de adjudicación de cada contrato.

Cabe señalar que el recurrente no critica la concreta solvencia aportada por la adjudicataria en relación al contrato cuya impugnación recurre sino que basa su argumentación de la supuesta falta de solvencia en resoluciones administrativas referidas a procedimientos de contratación, que en ningún caso pueden ser tomados en consideración por requerirse la solvencia siempre en relación a un determinado objeto contractual, o a otros procedimientos administrativos, diferentes al de contratación, que se rigen por normas diferentes y que se dirigen a la satisfacción de necesidades o finalidades públicas distintas a las que se persiguen a través de un contrato determinado.

Resolución 133/2014

La exigencia de una cantidad mínima diaria de 1.000 menús para la acreditación de la solvencia técnica, no puede venir impuesta por las características especiales de la población a la que va dirigida ni por el hecho de que se deba prestar el servicio 365 días al año. Aun reconociendo que el sector al que va dirigido el servicio es especialmente sensible, no puede ello amparar que se eleve de manera desproporcionada el número de menús que deben acreditarse, cuando el número medio de comensales es 111 y el de comidas diarias 450. La exigencia de un número de unidades suministradas, como de acreditación de solvencia técnica, debe guardar proporción con el número de comensales destinatarios del servicio y no con la cualidad de estos por importante que sea. Es igualmente desproporcionado elevar la solvencia requerida porque el servicio deba prestarse todos los días del año; esta circunstancia exige que la organización de la empresa esté adaptada para satisfacer encargos de manera ininterrumpida y que se acredite su realización, pero en ningún caso se desequilibre la proporción entre la prestación del servicio y el medio para demostrar la solvencia exigida.

Por otra parte, tampoco puede atenderse el argumento del Ayuntamiento de que la exigencia de un volumen similar podría suponer, en caso de adjudicación, duplicar la capacidad de producción de un día para otro. Este argumento parte de la premisa de que si se acredita un volumen similar al del contrato, cualquier encargo sobrevenido supondría colapsar la capacidad de producción de la empresa; cuando la realidad es que cada licitador tendrá un volumen de producción y dentro de éste deberá encajar los distintos encargos hasta equilibrar su capacidad productiva, de forma que pueda acreditar que tiene un volumen suficiente para abordar el nuevo encargo que se le plantea.

En segundo lugar, el recurrente considera desproporcionado que la experiencia a acreditar se ciña a centros gerontológicos o instituciones de carácter social o sanitario. De igual forma, debe insistirse en que el hecho de que la prestación del servicio tenga por destinatarios a personas tan sensibles como nuestros mayores no es óbice para que se descarte la experiencia en otro tipo de servicios que también se prestan en colectivos sensibles como pueden los centros escolares con casuística diversa como celíacos, personas alérgicas, etc.,

por no hablar de dietas pobres o ricas en determinados elementos, según las condiciones de los destinatarios. En este sentido, tampoco es motivo suficiente que el contrato incluya otro tipo de servicios de asesoramiento en la adquisición y gestión de materias y productos alimenticios, en la elaboración de menús y dietas especiales o en el manipulado y cocinado de alimentos, su distribución, etc., puesto que se trata de prestaciones relacionados con la dietética y la nutrición en los que la solvencia se acredita por medios distintos al número de menús diarios para colectivos específicos de destinatarios.

Resolución 47/2013

Respecto a los requisitos mínimos exigidos para el presente contrato, no puede decirse que sean desproporcionados en relación con el objeto del contrato o que no estén vinculados a él. Por el contrario, el criterio elegido es suficientemente amplio, ya que se puede cumplir acreditando una única actividad, de forma alternativa (es decir, no se pide experiencia en todas las prestaciones contractuales, sirviendo indiferentemente un proyecto o una dirección), con referencia a importes inferiores a los del contrato al que se licita y valiendo tanto las actuaciones realizadas como las que están en fase de ejecución. Como bien se deduce de las alegaciones del órgano de contratación, la solicitud del recurrente de que sean suficientes para licitar la titulación y la simple colegiación equivale a exigir que no se solicite solvencia alguna, ya que tales requisitos se refieren a la habilitación profesional, cuestión distinta de la solvencia y previa a ella (artículo 54.2 del TRLCSP). Tal pretensión no puede ser aceptada, puesto que la posibilidad de exigir una solvencia mínima es, como ya se ha dicho, una garantía del éxito en la ejecución de la prestación contratada plenamente conforme con la legislación contractual y que trata de asegurar el interés público. Es cierto que puede impedir el acceso de ciertos profesionales o empresas a la licitación, pero es que, precisamente, ésa es la finalidad que tiene marcar un umbral mínimo de solvencia a los interesados en la adjudicación. El problema de legalidad existiría únicamente si los requisitos de solvencia fueran contrarios al TRLCSP por ser desproporcionados, discriminatorios o no vinculados al objeto contractual, lo que no sucede en el caso analizado.

Resolución 108/2016

No puede considerarse desmesurada la exigencia de acreditar un volumen equivalente, al menos, el 150 % del presupuesto contractual; buena prueba de ello es que el artículo 11.4 a) del RGLCAP, en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, establece, para los contratos no sujetos a clasificación y no exentos del requisito de acreditar la solvencia y en los que los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para acreditarla, que dicho criterio será «el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.» Como puede comprobarse, este precepto tiene un contenido casi idéntico al de la estipulación impugnada. Llegados a este punto, no es posible aceptar que sea excesivo establecer una solvencia económica y financiera igual a la que, por voluntad del legislador, hubiera resultado exigible si el órgano no hubiera fijado ninguna (Resolución 17/2016).

3.4.4 No discriminación

Resolución 35/2013

El PCJ prevé como medio de acreditar la solvencia técnica y profesional, entre otros, la declaración responsable conformada según ANEXO II este PCJ de haber prestado un servicio de iguales características en los últimos TRES (3) años de una duración mínima de un año en otra/s televisión/es de carácter público (de autonómico o nacional).

En el requisito de solvencia cuestionado se establecen las condiciones que ha de reunir la prestación de un servicio de iguales características en los últimos 3 años para que pueda servir como acreditación de la solvencia: (i) que dichos servicios hayan sido de una duración mínima de un año y (ii) que dichos servicios se hayan prestado en otra/s televisión/es de carácter público.

La exigencia de haber tenido en los últimos 3 años una experiencia mínima de 1 año prestando servicios similares no se cuestiona por la recurrente. Tampoco la recurrente está impugnando la antigüedad de la experiencia (en los últimos tres años), tal y como interpreta en su informe el poder adjudicador. Del escrito de recurso se deriva que el aspecto del criterio cualitativo de selección que merece su reproche es el de que únicamente sea tenida en cuenta la experiencia acreditada con otras televisiones de carácter público (autonómico o estatal).

A este respecto, se ha de indicar que el artículo 78.a) del TRLCSP contempla que los destinatarios de los servicios a acreditar pueden ser públicos o privados.

Según el sentido propio de las palabras (artículo 3.1 del Código Civil) debe entenderse que, a tenor del artículo citado, los licitadores pueden acreditar su experiencia por servicios realizados tanto ante destinatarios públicos como privados. Por el contrario, a los poderes adjudicadores no les está dado discriminar unos servicios de otros, siempre y cuando guarden relación con el objeto del contrato.

El requisito de solvencia establecida en el PCAP podría ser válida si los servicios objeto de contratación fuesen de tal naturaleza que únicamente pudieran ser tenidos en cuenta los prestados a televisiones públicas. No obstante, al ser el objeto principal del contrato la comercialización de la publicidad de las organizaciones y empresas que forman parte del Grupo EITB resulta injustificado solicitar experiencia únicamente con televisiones públicas pues no se aprecia por este órgano resolutorio, ni se justifica por el poder adjudicador, la diferencia entre el sector público y el sector privado en la provisión del servicio de comunicación audiovisual más allá de los fines institucionales de interés público a los que ha de servir dicha provisión pública que, en todo caso, nada tienen que ver con el objeto del contrato que se trata de un servicio de comercialización.

En conclusión, debe sostenerse que la exigencia de acreditación de la prestación de un servicio de iguales características únicamente en otra/s televisión/es de carácter público excede de la previsión del artículo 78 a) del TRLCSP, que admite una declaración sobre el conjunto de servicios prestados por el licitador en el ámbito de actividades correspondiente

al objeto del contrato, sin que puedan discriminarse actividades en función del carácter público o privado del destinatario de los servicios prestados.

Resolución 133/2015

Del contenido descrito no se deduce que haya prestaciones para cuya ejecución correcta sea necesaria una experiencia previa que no pueda adquirirse en el ámbito privado o en Administraciones distintas de la local; por el contrario, se trata de actuaciones propias y típicas del ejercicio habitual de la profesión de arquitecto. La normativa objeto del asesoramiento y los conocimientos y destrezas técnicas requeridos son globalmente las mismas para todas las administraciones competentes y también, desde la perspectiva del interesado, para el sector privado, en el que se incluyen los promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las citadas competencias y que pueden requerir también ayuda profesional en materia urbanística. Por otro lado, la diversidad normativa ligada a la Administración actuante o al territorio es consustancial al derecho urbanístico, por lo que el argumento empleado por el poder adjudicador llevaría, por reducción al absurdo, a solicitar experiencia precisamente en el municipio contratante, cuya normativa urbanística es, por definición, única (ver las Resoluciones 35/2013 y 27/2014 del OARC / KEAO); lo mismo puede decirse cuando, como aquí, la experiencia válida se reduce a un nivel administrativo concreto, elevando desproporcionadamente las peculiaridades de la gestión o el planeamiento urbanístico municipal –que, por cierto, el objeto del contrato definido en el pliego apenas refleja– a categoría esencial. Si además se añade que el artículo 78 TRLCSP no distingue entre los servicios prestados para destinatarios públicos o privados, es claro que el motivo debe ser aceptado, lo que implica la nulidad de la cláusula afectada, de acuerdo con el artículo 32 d) TRLCSP, que establece esta sanción para «todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.» En conclusión, el motivo de impugnación debe estimarse.

3.4.5 Arraigo territorial

Resolución 27/2014

El órgano de contratación en su informe parte de la premisa cierta de que el Director del equipo que elabore el PGOU de Amorebieta-Etxano deberá conocer las normas de la CAPV en materia de urbanismo y medioambiente, y eleva esta condición a requisito de solvencia en la fase de selección cualitativa. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el hecho de que para acreditar ese conocimiento y, en definitiva, la solvencia de las empresas licitadoras sea necesario haber realizado trabajos de planeamiento en exclusiva en municipios de la CAPV. La diversidad normativa ligada a la Comunidad Autónoma o incluso al municipio sobre el que se actúa es una característica consustancial al derecho urbanístico y la exigencia de una experiencia específica ligada a ella podría, por reducción al absurdo del argumento del órgano de contratación, llegar incluso al ámbito municipal e imposibilitaría de hecho el

libre acceso a las licitaciones en esta actividad administrativa. El órgano de contratación no prueba cuáles son las características básicas de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo y de las bases para la ordenación territorial que se establecen desde las Directrices de Ordenación del Territorio y de los Planes Territoriales Parciales, que contienen elementos diferenciadores respecto de las normas de otras comunidades que conviertan su conocimiento en un requisito ineludible que condiciona la acreditación de los requisitos de solvencia técnica e impide el acceso a la licitación de empresas que sí pueden acreditar experiencia en la elaboración de trabajos de planificación relacionados con el objeto del contrato pero en ámbitos territoriales distintos. Por otro lado, la mínima diligencia profesional exigible al adjudicatario –que no al licitador– en la ejecución del contrato comprenderá que éste se informe adecuadamente y aplique en consecuencia el contexto jurídico que le condiciona. En consecuencia, no quedan justificadas las razones imperiosas de interés general en la elección del criterio, que no es el único medio adecuado para garantizar la realización del objetivo del contrato y sí va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, porque discrimina y restringe el libre acceso a la licitación del contrato.

Resolución 60/2015

EUREST denuncia, en primer lugar, la obligatoriedad de que la cocina propia del adjudicatario esté en un radio inferior a treinta kilómetros por carretera de la residencia. El PPT no justifica el motivo de tal distancia, pero parece que se debe a que una distancia mayor no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Del contenido del PPT, que no define claramente la forma de la prestación del servicio, se infiere que el adjudicatario elabora los menús en su centro de producción y los transporta a los centros de destino. En el caso concreto de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro el centro cuenta con una cocina propia donde se controla la calidad y cantidad de los productos que se reciben, se manipulan los alimentos, se lleva el control de la distribución por mesas, etc., para lo cual cuenta con un equipo compuesto por una cocinera y sus ayudantes. Las eventualidades a las que se refieren los pliegos son las que impiden este normal funcionamiento.

El poder adjudicador no justifica en el expediente por qué para la resolución de las eventuales contingencias los licitadores que aspiren a la ejecución del contrato deben disponer inevitablemente de una cocina propia a una distancia inferior a treinta kilómetros por carretera de la Residencia de Ancianos. A juicio de este OARC/KEAO una distancia superior a ésta no es obstáculo para la prestación del servicio, pues las eventualidades que impiden la utilización de la cocina propia de la residencia, una vez conocidas, pueden ser satisfechas en el propio centro de producción de adjudicatario, en el momento en que lleva a cabo el servicio ordinario, o mediante el uso otras técnicas que pueden neutralizar las posibles eventualidades, de tal modo que no consta que la medida debatida sea adecuada y proporcionada al interés público que quiere garantizarse, pues va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27/10/2005, asunto C-234/03, «Contse», apartado 41). Por tanto, debe concluirse que una exigencia de solvencia técnica como la descrita sirve de barrera de entrada al contrato a empresas que no disponen de una cocina propia en un radio inferior a treinta kilómetros.

Como señala el recurrente, este OARC / KEAO en su Resolución 120/2013 afirmaba que la normativa sobre contratación pública «prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (…).»

La necesidad de cubrir cualquier eventualidad que pueda producirse en la cocina propia de la Residencia de Ancianos de Pasai San Pedro, bien podría ser criterio de adjudicación, de forma que los licitadores en sus ofertas expusieran los métodos y recursos disponibles para neutralizar las contingencias, de modo que el órgano de contratación podría efectuar una comparación entre las propuestas y otorgar mayores puntuaciones a las que mejor garanticen la correcta continuidad en la prestación del servicio.

3.4.6 Diferente de los criterios de adjudicación

Resolución 121/2013

Ello conduce a la estimación del recurso en este punto, pues la mayoría de los criterios expresados en el punto 7.1.4 del documento técnico rector de la licitación, no se refieren a la solvencia de los licitadores, sino a aspectos de la prestación que se contrata y parecen más bien criterios de adjudicación por su vinculación a la prestación.

3.4.7 Fijación de un umbral

Resolución 121/2013

Sin embargo, ni siquiera en esos criterios se cumple con la exigencia del artículo 62.2 TRLCSP, que establece que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo», es decir, no se señala un umbral mínimo para cada criterio por debajo del cual los licitadores no serán considerados solventes. Por todo ello, la anulación se extiende a todo el apartado 7.1.4 del documento descriptivo.

3.4.8 Titulaciones académicas

Resolución 9/2013

Hecha la introducción, ya en orden a dilucidar la problemática de la reserva legal, se ha de reseñar el artículo 78 de la Ley 12/2008 dedicado a la Formación y cualificación profesionales,

en su apartado 3, establece que el Gobierno Vasco determinará las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las actividades profesionales necesarias para la aplicación del Catálogo de Prestaciones y Servicios, cualificaciones que no se han desarrollado, pero que habrán de interpretarse sobre la base de los principios que contempla el artículo 7 de la Ley 12/2008, que en su apartado g) dispone:

> Carácter interdisciplinar de las intervenciones. Con el fin de garantizar el carácter integral de la atención prestada y la aplicación racional y eficiente de los recursos públicos, se favorecerá interdisciplinariedad de la intervenciones, promoviendo el trabajo en equipo y la integración de las aportaciones de las diversas profesiones del ámbito de la intervención social y cualesquiera otras que resulten idóneas.

En consecuencia, se ha de rubricar que no existe la reserva legal pregonada por el recurrente en su recurso a favor de la titulación académica oficial de Educación Social sino que, por el contrario, se dispone el carácter interdisciplinar de las intervenciones, de forma que la intervención socioeducativa podría ser desplegada por la Diplomatura en Educación Social, como también por una Titulación Universitaria en Trabajo Social, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía o cualquier otra afín o similar.

NOVENO: Rechazado el motivo central del recurso, toca centrarse en el subsidiario, que tampoco puede ser apreciado pues acogiendo en los pliegos la posibilidad de una mayor puntuación a las empresas o proyectos que presenten personal con la titulación o habilitación en Educación social, estaríamos infringiendo el principio de igualdad de trato, ya que sentada la regla de la interdisciplinaridad de las profesiones que pueden intervenir en este campo de la intervención socio-educativa, no parece posible instaurar posteriormente una desigualdad jurídica de trato para una titulación concreta, máxime cuando ninguna actividad legislativa en la materia se ha posicionado de forma favorable ante tal desigualdad.

Resolución 73/2015

En términos generales el recurso tiene dos motivos impugnatorios bien diferenciados: un primero que tiene por pretensión que los Diplomados o Graduados en Nutrición Humana y Dietética sean los que confeccionen los menús elaborados por el contratista y la modificación del Anexo II al objeto de que la referencia que en el mismo se realiza al art. 6 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias se efectúe a su art. 7.2 g) «Dietistas-Nutricionistas», y un segundo en el que solicitan la modificación de determinadas prescripciones técnicas del PBT.

Para el análisis del primero de los motivos, se debe acudir a la redacción de la cláusula 9.2 del PBT cuya modificación propugna el Colegio:

> 9.2 Programación de menús: responsabilidad.
>
> Los menús elaborados por la contratista deberán ser confeccionados por su departamento de calidad y nutrición **(nunca pueden ser subcontratados)**, de esta manera se asumirá la responsabilidad de aportar el asesoramiento dietético adecuado a los requisitos establecidos en este Pliego por medio de personal debidamente capacitado. Este personal debe ser profesional

sanitario con formación acreditada y específica en Nutrición Humana y Dietética dedicado íntegramente a este objeto.

El ejercicio de las profesiones tituladas se haya sometida a una reserva de ley formal, según el art. 36 de la Constitución Española. Los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas son desarrollados en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, que distingue dos tipos de profesiones sanitarias cuyo ejercicio va a requerir siempre la posesión de las titulaciones oficiales correspondientes: las profesiones sanitarias tituladas, y los profesionales del área sanitaria de Formación Profesional. Las profesiones sanitarias tituladas (art. 2) son aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos. Pueden ser de nivel de Licenciado, y de Diplomado (entre los que se encuentra los Dietistas-nutricionistas). La Ley procede, posteriormente, a la atribución de funciones sanitarias según la titulación de Licenciado o de Diplomado. Así, el artículo 6.1 señala que «corresponde, en general, a los Licenciados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para el que les faculta su correspondiente título, la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo». A continuación la Ley especifica las funciones específicas de cada una de las profesiones sanitarias concretas (art. 6.2). Por su parte, el art. 7.1 establece que «corresponde, en general, a los Diplomados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para que les faculta su correspondiente título, la prestación personal de los cuidados o los servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención de salud, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en tal proceso». En el párrafo segundo de este artículo se describen las funciones concretas de cada uno de los profesionales que se hallan en este grupo de titulación, desarrollándose en el 2. g) el de Dietista-Nutricionista en los siguientes términos: «los Diplomados universitarios en Nutrición Humana y Dietética desarrollan actividades orientadas a la alimentación de la persona o de grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud pública.»

En cuanto a los profesionales del área sanitaria de formación profesional, el artículo 3 de la Ley señala que tendrán tal consideración «quienes ostentan los títulos de formación profesional de la familia profesional sanidad, o los títulos o certificados equivalentes a los mismos».

Ahora bien, la ley no reserva el ejercicio de una determinada actividad a una titulación concreta ni es ésta su finalidad tal y como se deriva de su Exposición de Motivos al afirmar que «(…) Por ello en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente.»

Por su parte, la jurisprudencia pone de manifiesto que «frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de **libertad con idoneidad**, ya que al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido» (STS de 10 abril 2006. RJ 2006\2057). La consecuencia de ello no puede ser otra que la de considerar que la referencia genérica que se realiza en la cláusula 9.3 del PBT a que el personal de la empresa que asesore la elaboración de los menús sea efectuada por profesional sanitario con formación acreditada y específica en nutrición humana y dietética es correcta, la cual incluye a los Diplomados o graduados en nutrición humana y dietética, pues tanto la Ley 44/2003 como la jurisprudencia mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente (en este caso en nutrición humana y dietética), sin que el Colegio puedan exigir que la actividad de asesoramiento exigida en el PBT la puedan realizar única y exclusivamente los Diplomados en Dietética y Nutrición.

3.4.9 El compromiso de adscripción de medios

Resolución 25/2013

Mediante la exigencia de la acreditación de una determinada solvencia los poderes adjudicadores deben comprobar si las empresas licitadoras gozan del conjunto de condiciones financieras, económicas, técnicas o profesionales necesarias para ejecutar correctamente las prestaciones de un contrato. Por su parte, el artículo 64.2 TRLCSP se refiere a la posibilidad de que se exija a los candidatos o licitadores que, además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Además, se señala que estos compromisos, que habrán de figurar en el pliego, se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP, de tal forma que, si se le atribuye tal carácter esencial podrá ser causa de resolución del respectivo contrato el incumplimiento del mantenimiento de los medios personales o materiales suficientes para su ejecución tal y como se comprometió el licitador en su oferta. Asimismo, se podrán establecer penalidades conforme a lo previsto en el art. 221.1 TRLCSP para el caso de incumplimiento de estos compromisos. 48

En consecuencia, mientras que la acreditación de la solvencia se sitúa en el momento del examen de la aptitud del empresario, que es un momento anterior al examen de las propuestas técnicas, es decir, en una fase precontractual, el compromiso de adscripción de medios personales o materiales se integra en el contrato, en la fase de su ejecución que es donde su cumplimiento efectivo tendrá trascendencia.

3.4.10 Mención en el anuncio

Resolución 44/2014

Del contenido de los anuncios, especialmente del contenido del anuncio en el DOUE, se deduce que no se ha cumplido el deber establecido por el artículo 62.2 TRLCSP, pues en ningún caso consta la más mínima indicación ni de los requisitos de solvencia ni de la forma de acreditarlos. Esta indicación no puede ser sustituida por una mera remisión a los Pliegos, ya que este proceder no aporta ninguna información adicional a las empresas potencialmente interesadas; el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información. Así, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece en su Anexo VII A que el anuncio de licitación incluirá (apartado 17) lo siguiente:

> 17. Criterios de selección sobre la situación personal de los operadores económicos que puedan dar lugar a su exclusión e información necesaria que demuestre que no se hallan en ninguno de los casos que motivan la exclusión. Criterios de selección y datos referentes a la situación personal del operador económico, así como los datos y trámites necesarios para la evaluación de las condiciones mínimas de carácter económico y técnico a las que deberá ajustarse el operador económico. Nivel o niveles mínimos de capacidad que se exijan, cuando así sea.

A la vista de todo ello, es claro que la publicidad de la licitación no ha satisfecho los requisitos del artículo 62.2 TRLCSP, por lo que este motivo de impugnación debe ser aceptado.

3.4.11 Trabajos similares

Resolución 96/2014

El TACRC, en su Resolución 9/2013, ha tenido ocasión de examinar el término «naturaleza análoga» de contratos para acreditar la posesión de la solvencia técnica necesaria, que en sustancia equivale al de «similar» que utiliza el apartado 15 de la carátula del PCAP. En la citada Resolución del TACRC, que este Órgano Resolutorio comparte, se dice:

> Así las cosas, ha de compartirse el criterio del órgano de contratación, pues no cabe duda de que la cuantía o el importe es un elemento de primer orden a fin de apreciar la semejanza entre contratos distintos, por lo menos en cuanto concierne a los sometidos a la legislación de contratos públicos. Sirva, como ejemplo, el hecho de que el valor estimado de los contratos

(su importe, al fin y al cabo) es el que delimita, junto con otros extremos, la categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13-16 TRLCSP), configura los llamados «contratos menores» (artículo 138 TRLCSP) o, en fin, permite acudir al procedimiento negociado (artículos 171.d, 172.b, 173.f TRLCSP).

La interpretación literal resulta confirmada por una lectura sistemática de las palabras «de naturaleza análoga» poniéndolas en relación, tal y como ordena el artículo 1.285 CC, con la exigencia, contenida en el inciso previo, de que se incluya expresamente el importe de los servicios o trabajos realizados, lo que evidencia que la cuantía es un elemento que el órgano de contratación y la propia Mesa que le asiste puede y debe tener en cuenta. De hecho, la tesis de la recurrente, en tanto que considera que el importe no puede ser valorado a fin de apreciar la analogía de los contratos aportados con los que son objeto de licitación, aboca a privar de todo efecto a aquella previsión del pliego, lo que ha de ser rechazado por elemental respeto a lo dispuesto en el artículo 1.284 CC, que, como es sabido, proscribe toda interpretación que conduzca a hacer ilusorias e ineficaces las cláusulas de un contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1964).

Cabría, en fin, aducir un último argumento en pro de la postura aquí mantenida, derivado de la finalidad perseguida con el requisito de la previa acreditación de la solvencia y que no es otra que la de justificar la capacidad técnica o aptitud de la empresa para ejecutar el contrato (Resoluciones de este Tribunal 60/2011, 81/2012, 82/2012, 117/2012, entre otras). Ello obliga a tener en cuenta el importe de los contratos que manifiestan la experiencia anterior de la empresa interesada, pues racionalmente cabe suponer que los medios personales y materiales que se necesitan para la ejecución de un contrato están íntimamente relacionados con el importe del mismo, siendo superiores aquéllos cuanto mayor sea éste. Resultaría cuando menos paradójico, en fin, que, en los casos en los que es precisa clasificación, ésta haya de venir determinada no sólo por el objeto, sino también por la cuantía del contrato (artículo 67.1 TRLCSP y artículos 36 y 46 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre) y, sin embargo, se pudiera prescindir de este último dato en los supuestos en los que no se exige clasificación.

Por lo expuesto, en suma, este Tribunal entiende que la «naturaleza análoga» a la que se refiere el apartado J) del cuadro de características requiere que los contratos que se aporten como acreditativos de la solvencia profesional o técnica tengan un importe análogo a aquéllos a los que concurren los distintos licitadores.

El propio TACRC en su Resolución 276/2013, que cita la Resolución anteriormente reproducida, aboga que « (…) el contrato que se aduzca como acreditativo de solvencia técnica (…), tenga un importe similar al licitado. No necesariamente deberá ser superior a este (…), pero sí, en todo caso, semejante o parecido.»

Resolución 33/2017

En primer lugar, debe señalarse que la experiencia requerida para acreditar la solvencia es «en trabajos que tengan relación con el objeto del contrato». El significado de estos términos no puede reducirse, como pretende el recurrente, a contratos cuyo objeto sea precisa y únicamente la gestión de un observatorio de distribución comercial; por el contrario, se refiere a todos los trabajos pertenecientes al mismo ámbito, es decir, similares o análogos. En este sentido, para apreciar esta similitud o analogía, el poder adjudicador debe valorar las características técnicas de los trabajos acreditados y compararlas con las del contrato que pretende adjudicar con la finalidad de comprobar que de quien realizó aquel trabajo puede razonablemente pensarse que también puede ejecutar correctamente el que se licita. En esta valoración el órgano de contratación cuenta con un margen de discrecionalidad para interpretar lo establecido en los pliegos, tarea en la que debe favorecerse, en lo posible, la máxima concurrencia, como se deriva del artículo 1 TRLCSP (ver, por todas, la Resolución 1040/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). A título de ejemplo, y aunque en este caso los pliegos sí establecen los requisitos de solvencia técnica y por ello el precepto no es directamente aplicable, la valoración puede discrecionalmente basarse, entre otros datos, en la similitud de los códigos de cada contrato en el Vocabulario Común de Contratos públicos (CPV), que es el sistema que utiliza el artículo 11.4 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (ver la Resolución 1037/2016 del TACRC). Concretando todo ello, se observa que el objeto del contrato incluye, según la cláusula 1.2 de la carátula del PCAP, el «seguimiento exhaustivo del entramado comercial en la CAPV y la captación de tendencias a nivel estatal y europeo mediante la adecuada gestión de la información estadística dirigiéndola fundamentalmente a la mejora de la competitividad del tejido empresarial y, por ende, a la satisfacción de las personas consumidoras», y que el CPV asignado al contrato es el 73220000-0 (Servicios de consultoría en desarrollo).

Teniendo en cuenta estas precisiones, y partiendo del hecho de que no consta que el poder adjudicador haya formulado un juicio expreso y razonado sobre la similitud de los trabajos, se observa que ninguno de los contratos aportados en la relación de trabajos realizados para entidades privadas cumple con el requisito de tener relación con el objeto del contrato impugnado (…).

Resolución 32/2018

A la vista de lo anterior, este OARC / KEAO entiende que la adjudicataria ha acreditado la solvencia técnica en los términos exigidos en el PCAP. La mención a «la realización de servicios del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato» debe ponerse en relación con el punto 1 del PCAP, que establece lo siguiente:

> El contrato tendrá por objeto establecer las obligaciones, condiciones técnicas, contenido y actividades específicas de la prestación por la entidad adjudicataria del servicio de traslado de personas mayores desde su domicilio a diferentes centros del Servicio de Personas Mayores y viceversa, todo ello dentro del límite territorial del municipio de Vitoria-Gasteiz.

> Para ello, se describe el modo en el que se ha de prestar el servicio, los medios humanos y materiales a disponer, vehículos a utilizar, y todos aquellos aspectos a tener en cuenta referentes a la calidad del servicio.
>
> El servicio de transporte es un servicio que aproxima al máximo el medio de transporte a los puntos de origen (domicilios o lugar de residencia de las personas usuarias) y de destino (residencias o centros a los que acudan) y viceversa, lo que facilita la accesibilidad y reduce las posibles barreras arquitectónicas y urbanísticas.

De la citada descripción se deduce que son elementos básicos de la prestación, además del transporte, el hecho de que los destinatarios son personas mayores y que los traslados faciliten la accesibilidad y reduzcan las posibles barreras arquitectónicas. A la misma conclusión se llega observando que las prescripciones técnicas prestan especial atención a cuestiones como la atención a los usuarios y sus familias o la necesidad de vehículos adaptados para el desplazamiento de personas mayores. Consecuentemente, la identidad en «tipo y naturaleza» a la que se refiere el PCAP debe entenderse con base en estos parámetros, y sin perder de vista que tal identidad no puede entenderse para restringir la experiencia previa válida únicamente a servicios anteriores cuyo objeto sea exactamente igual a la prestación ahora contratada, pues ello supondría una restricción indebida de la competencia y del principio de libre acceso. Contrastando estas consideraciones con la documentación aportada por ARRIAGA, se aprecia que la citada empresa acredita, en los términos expresados en el PCAP, la realización de trabajos (i) de transporte, (ii) con vehículos adaptados y (iii) dirigidos a personas con problemas de desplazamiento, movilidad o dificultades para usar los medios de transporte habituales, entre ellas las de avanzada edad. Por todo ello, este OARC / KEAO considera que la solvencia se ha acreditado satisfactoriamente y que el motivo de recurso debe desestimarse.

3.4.12 Certificados de calidad de gestión medioambiental y clasificación

Resolución 24/2011

Por tanto, en los procedimientos abiertos, como el del objeto de recurso, la exigencia de clasificación y solvencia de manera acumulativa es, en principio, contraria a lo establecido en la LCSP.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 48/96, de 22 de julio de 1996, sobre «Exigencia a los licitadores de otros documentos justificativos de la solvencia económica o profesional, además del certificado de clasificación.», concluye diciendo lo siguiente:

> Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la interpretación correcta de los apartados 1 y 3 del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente puede conducir a la conclusión de que, en los casos en que sea exigible la clasificación, el

> órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones.

Sin embargo, los artículos 69 y 70 de la LCSP que regulan, respectivamente, la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, plantean dudas sobre la posibilidad de exigir clasificación y solvencia de manera acumulativa en un mismo contrato.

Los artículos 69 y 70 de la LCSP son una transcripción de los artículos 49 y 50 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ambos artículos se encuadran en la Sección 2, Capítulo VII, del Título II (Criterios de selección cualitativa) de la Directiva y regulan la presentación de certificados de garantía de calidad y gestión medioambiental como requisito de capacidad técnica y profesional.

Más concretamente, el artículo 50 de la Directiva alude expresamente a la presentación de certificados en los casos contemplados en la letra f) del apartado 2 del artículo 48 de la Directiva, sobre acreditación de capacidad técnica en los contratos de obras y servicios mediante medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato.

Por tanto, no es descabellado suponer que el artículo 49 de la Directiva esté refiriéndose expresamente a la presentación de certificados de calidad allí donde el artículo 48 de la Directiva lo permite, como es el caso de las letras b), c) y el inciso ii) de la letra j).

En consecuencia, la estructura y el contenido de los artículos 48, 49 y 50 de la Directiva llevan a la conclusión de que la exigencia de certificados de cumplimiento de normas de calidad y medioambientales está referida a la acreditación de capacidad técnica y profesional.

En definitiva, lo que se pretende reseñar es que los artículos 69 y 70 de la LCSP matizan o concretan los supuestos en que los artículos 65 a 68 de la LCSP permiten la acreditación de solvencia técnica mediante medidas de control y garantía de la calidad y medidas medioambientales que se demuestran a través de la presentación de certificados u otras pruebas de medida equivalentes.

En cualquier caso, el contenido de los artículos 69 y 70 de la LCSP no altera el sistema sustitutivo que prevén los artículos 43.1 y 51.1 de la LCSP cuando ésta prevé la exigencia de clasificación (artículo 54 LCSP).

Dicho lo anterior, debe reiterarse que en los procedimientos abiertos la exigencia de requisitos de solvencia y clasificación de forma acumulativa no está prevista en la LCSP.

Ahora bien, en el presente recurso debe ponerse de manifiesto que el reproche del operador económico recurrente sobre la cuestión debió realizarse en el momento de su conocimiento a través del anuncio de licitación o los Pliegos del contrato, y que no habiéndolo realizado en su momento éstos son ley del contrato, como señala reiteradamente la jurisprudencia, sin que pueda en este momento alegarse irregularidad en alguna de sus cláusulas.

Resolución 55/2018

Se recurre en primer lugar el requisito de solvencia técnica que figura en el apartado 29.2.3 de la carátula del PCAP y que dice así:

> 29.2.- Requisitos de solvencia económica y financiera y técnica o profesional:
>
> (…)
>
> 29.2.3.- Solvencia: Si
>
> (…)
>
> • Técnica o profesional:
>
> - Requisito/s:
>
> (…)
>
> Con la finalidad de obtener la calidad deseada en el servicio contratado, las empresas ofertantes deberán tener implantado un sistema de aseguramiento de la calidad de acuerdo a la norma UNE-EN ISO-9001.

Se observa en el recurso cierta confusión sobre la naturaleza de la cláusula impugnada, ya que ciertos argumentos se basan en denunciar el incumplimiento del contenido del art. 117 del TRLCSP, que es el que regula las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, mientras que otros parten de la base de que se trata de un documento acreditativo del cumplimiento de la norma de garantía de calidad que es limitativo de la concurrencia por no admitir la posibilidad de presentación de un certificado o producto similar existente en el mercado.

A juicio de este OARC/KEAO la cláusula debatida es un requisito de solvencia técnica (ver, en este sentido, la Resolución 89/2017) solicitado al amparo del art. 80 del TRLCSP y cuya finalidad es la de acreditar la aptitud para ejecutar el contrato al que se licita. Conforme a dicha disposición, la calidad solicitada ha de serlo conforme a ciertos estándares que se identifican con la norma de garantía de la calidad solicitada. A este respecto, se observa que la cláusula impugnada requiere que los licitadores tengan implantado un sistema de aseguramiento de la calidad de acuerdo a la norma UNE-EN ISO-9001, la cual se incluye dentro de la definición de «norma» que figura en el Anexo VII, párrafo 2) de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública:

> una especificación técnica aprobada por un organismo de normalización reconocido para una aplicación repetida o continuada cuyo cumplimiento no sea obligatorio y que esté incluida en una de las categorías siguientes: a) «norma internacional»: norma adoptada por un organismo internacional de normalización y puesta a disposición del público; b) «norma europea»: norma adoptada por un organismo europeo de normalización y puesta a disposición del público; c) «norma nacional»: norma adoptada por un organismo nacional de normalización y puesta a disposición del público.

De lo relacionado se concluye que la exigencia de un estándar de calidad conforme a la remisión del cumplimiento de una norma técnica concreta, en este caso la norma UNE-EN ISO-9001, es correcta.

Respecto a la infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad alegados por el recurrente, más allá de una declaración rituaria sobre su incumplimiento el recurrente no acredita su concurrencia en los pliegos impugnados. En concreto, se observa que la exigencia del cumplimiento del contenido de la norma UNE-EN ISO-9001 se exige a todos los licitadores, se justifica en la necesidad de obtener la calidad deseada (apartado 29.2.3 de la carátula del PCAP), no se observa ni se acredita por el recurrente que se haya traspasado el marco de la discrecionalidad técnica y no se alega la concurrencia de un error patente o cualquier tipo de arbitrariedad.

No obstante, si bien la cláusula formalmente impugnada es la que hasta ahora se ha analizado, este OARC/KEAO considera que de la motivación del recurso queda acreditado que lo que materialmente se impugna es el medio probatorio del cumplimiento de la norma de calidad exigida, esto es, el contenido del apartado 37 de la carátula del PCAP, que requiere de la presentación de Certificado de Auditoria externa del año 2017 o 2016 que evalúe la conformidad del sistema de calidad según la UNE - EN ISO 9001, emitido por entidad acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación u organismo europeo homólogo miembro de la Cooperación Europea para la Acreditación, conforme a las Normas UNE - EN ISO/IEC 17021, para Entidades de Certificación de Sistemas de la Calidad.

La cláusula debatida prevé como medio de prueba la presentación de certificados emitidos por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación (entidad acreditada por la Entidad Nacional de Acreditación), o por sus equivalentes expedidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea (organismo europeo homólogo miembro de la Cooperación Europea para la Acreditación), pero no contiene la previsión del art. 80.2 del TRLCSP de que:

> (…) también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.

Consecuentemente, el argumento del recurso de que el PCAP no contiene la posibilidad de acreditar la norma de calidad exigida por otros medios de prueba equivalentes debe ser estimada, siendo este pronunciamiento congruente con la petición del recurrente, que solicita la anulación de la convocatoria y el dictado de otra nueva en la que se recojan los criterios expuestos, ya que entre éstos se encuentra el referido al medio de prueba del cumplimiento de la norma de garantía de calidad.

3.4.13 Solvencia y condición de ejecución

Resolución 18/2014

El medio de acreditación exigido es la presentación de una declaración responsable y el umbral de solvencia exigido se refiere a la disponibilidad de los medios técnicos y humanos

requeridos como mínimos en el PCT. Es decir, en esta fase del procedimiento no hay que aportar más medio probatorio que el de la declaración responsable. Además, se ha de tener en cuenta que el PCT no contiene una descripción de los medios técnicos y humanos mínimos a efectos de acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores sino que expresa las prescripciones técnicas que han de regir la realización de la prestación. El recurrente considera erróneamente que la declaración responsable solicitada es equivalente a la acreditación de que en esta fase del procedimiento, el de la licitación, es el momento al que se debe referir la disponibilidad de todos los medios para la ejecución del contrato. Es decir, que todos los licitadores al contrato habían de acreditar en este momento del procedimiento, el de la finalización del plazo de presentación de ofertas, la disponibilidad de los medios humanos y técnicos requeridos en el PCT para la prestación del servicio.

A juicio de este órgano se trata de una interpretación incorrecta de las cláusulas de los pliegos pues en las cláusulas 3.3.1 (lote 3) y 3.4.1 (lote 4) del PCT, la exigencia de disponer de un vehículo con una determinada dotación le corresponde a la empresa adjudicataria del contrato. Así se expresan las citadas cláusulas, que son iguales en su redacción:

> (…)
>
> Asimismo para la correcta prestación de los servicios de UMT´s objeto de la contratación en el presente lote, la empresa que resulte adjudicataria deberá dotar a los equipos, además de con **UN (1) vehículo**, con la siguiente **dotación de equipamiento técnico**:
>
> (…)
>
> j. Unidad móvil homologada por industria e ITV de UM de TV

Según estas cláusulas la disponibilidad real y efectiva del vehículo homologado por industria e ITV será exigible al adjudicatario, no al licitador. Así, el cumplimiento de este requisito será necesario para la ejecución del contrato pero no para licitar al mismo. Además, hay que tener en cuenta que los licitadores han presentado el compromiso de adscribir los medios humanos y técnicos necesarios para la ejecución del contrato y su incumplimiento puede ser causa de resolución del contrato o puede dar lugar a la imposición de sanciones a tenor de lo dispuesto en la cláusula 21.1 del PCJ. Téngase en cuenta que, además, este Órgano resolutorio puede ser cauce de revisión de los actos preparatorios del contrato y de su adjudicación pero carece de competencia en lo que respecta a los actos derivados de la ejecución del contrato.

La exigibilidad de la disposición real y efectiva del medio técnico exigido en el PCT al adjudicatario en la ejecución del contrato también es acorde con el principio de concurrencia al que debe ajustarse la entidad contratante en sus contratos no sujetos a regulación armonizada (artículo 3.1 de sus instrucciones internas), pues el interpretar que todos los licitadores deben ostentar la disponibilidad real y efectiva en la fase de licitación de todos los medios humanos y materiales relacionados en el PCT, carece de proporcionalidad con la finalidad perseguida en la fase de selección del contratista, la de obtener la oferta económicamente más ventajosa, pues puede cerrar la posibilidad de competir a empresas de dimensión y capacidad suficiente para ejecutar correctamente el objeto del contrato pero que en el momento de la licitación no dispongan de alguno de los elementos exigidos en los

pliegos o que no puedan concurrir empresas menos dotadas de medios pero dispuestas a realizar las ofertas económicamente más ventajosas.

En resumen, el recurso debe ser desestimado por haber aportado la adjudicataria del contrato el medio de prueba de la solvencia exigido en el PCT y la supuesta falta de solvencia denunciada por la empresa recurrente se refiere a la acreditación de un medio de ejecución del contrato exigible, según el PCT, a la empresa adjudicataria, no a las licitadoras.

3.4.14 Integración de la solvencia

Resolución 60/2015

En segundo lugar, EUREST critica que la cocina con la que deben cubrirse las posibles eventualidades tenga que ser propia del licitador. Para este Órgano Resolutorio, incluso en el caso de que la limitación territorial se hubiera justificado, la exigencia de que la cocina sea propia es contraria a los medios de acreditación de solvencia técnica y profesional que prevé el TRLCSP, que en su artículo 63, referente a la integración de la solvencia con medios externos, dispone que «Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.» En consecuencia, tampoco puede exigirse como medio de solvencia que la cocina para cubrir posibles eventualidades sea propia, cuando sería posible acreditarla por medios ajenos siempre que se acredite su efectiva disposición para la ejecución del contrato, cumpliéndose así la finalidad de que la solvencia sea adecuada al contrato. En este sentido, el hecho de que se exija la propiedad de las instalaciones y no la simple disponibilidad refuerza la idea de que no se trata de una medida adecuada y proporcionada para el fin que persigue y, en cambio, se favorece a las empresas ya arraigadas territorialmente en el entorno del lugar de ejecución del contrato (ver el apartado 57 de la sentencia «Contse», antes citada).

Resolución 65/2015

Como bien indica el poder adjudicador, el artículo 63 del TRLCSP admite la integración de solvencia con medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que se tenga con ellas, siempre y cuando se demuestre que para la ejecución del contrato se dispone efectivamente de esos medios.

Entre la documentación aportada por XERA para la subsanación de la documentación consta un escrito de 11 de marzo de 2015 en el que se afirma que mantienen un convenio con BAGA KLINIKA, S.L. por el que sus profesionales colaborarán con XERA formando el equipo preciso para llevar a cabo el programa objeto del contrato, aunque no se aporta el convenio ni se acredita un compromiso que demuestre la disposición de tales medios para la ejecución del contrato.

Resolución 86/2017

A este respecto, se ha de señalar que el órgano de contratación fundamente la no admisión en la cláusula 4.3 del PBT, a la que se remite en su respuesta aclaratoria, que especifica que «podrán concurrir al concurso las empresas que dispongan de equipos con experiencia requerida para comenzar los trabajos de este contrato». Se ha de recordar que la selección de los candidatos en el procedimiento restringido se realiza en razón a criterios referidos a la solvencia (art. 162 TRLCSP) y este ha de ser el parámetro de interpretación de la citada cláusula.

A juicio de este OARC / KEAO esta cláusula, que debe ser aplicada en su integridad pues no ha sido anulada ni recurrida (ver, en este sentido la Resolución 075/2016), no exige que el personal que compone el equipo ofertado forme parte de la plantilla del candidato en el momento en que presenta su candidatura sino que señala el momento en el que se ha de «disponer» de un equipo con experiencia, que es el del comienzo de los trabajos objeto del contrato. Ello resulta congruente, de un lado, con el art. 78 del TRLCSP que al relacionar los medios de prueba acreditativos de la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, en su apartado b) se refiere a la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, esto es, contempla el recurso a personal técnico o unidades técnicas, indistintamente, ya estén éstos integrados o no en la empresa del operador económico de que se trate y, de otro lado, con la prohibición de subcontratación (punto 15.1 de la carátula del PCAP), pues el que los profesionales propuestos no formen parte de la plantilla de la empresa en el momento de presentar la candidatura no significa que no vayan a ejecutar el contrato como trabajadores de la misma. Es decir, no se recurre a las capacidades de otras empresas, pues el contrato va a ser ejecutado por el oferente, sino que se pretende acreditar la disponibilidad del personal ofertado por medios distintos a los de la pertenencia a la propia plantilla. Asimismo, la referida cláusula es congruente con el artículo 58.4 en relación con el anexo XII, parte II, letra b) de la Directiva 2014/24/UE (cuyo contenido es coherente con la actual regulación del art. 78 TRLCSP) que establece como medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos, la indicación del personal técnico u organismos técnicos, ya estén integrados o no en la empresa del operador económico. Por último señalar que si el art. 63 de la mencionada Directiva, cuyo contenido está incorporado en el artículo 63 del TRLCSP, permite acudir al recurso de las capacidades de otras entidades para acreditar la solvencia económica y financiera y capacidad técnica, más aún procederá el recurso a trabajadores que se integrarán en la empresa para ejecutar el contrato. Ahora bien, estos artículos han de ser interpretados en coherencia con la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 14 de enero de 2016, «Ostas celtnieks» SIA, C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6, apartados 23 y 25) que reconoce a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, «independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas» para demostrar su capacidad financiera, económica y técnica con vistas a su admisión en un procedimiento de licitación, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato.

Resolución 91/2017

No podemos estar de acuerdo con la conclusión del poder adjudicador de que el PCAP no permite acudir a la integración de la solvencia con medios ajenos, sencillamente porque el pliego nada dice al respecto y el artículo 63 del TRLCSP expresamente lo contempla, de modo que el silencio de los pliegos no puede ser considerado como un prohibición que impide acudir a una fórmula legalmente establecida.

Sobre la validez del documento de compromiso de URBASER para completar la solvencia de MUGARRI, debemos hacer referencia de nuevo a la STJUE C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6, anteriormente citada, que en su considerando 26 señala que «(...) corresponde al poder adjudicador comprobar la aptitud de licitador para ejecutar el contrato determinado. El objeto de dicha comprobación es, en particular, brindar a aquél la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados (…)», mientras que el considerando 28 afirma que «(…) el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica». Asimismo, se ha de tener presente que corresponde al licitador que se basa en los recursos de otros acreditar dicho extremo (Véase la sentencia de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telecom, C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159, apartado 44 y la jurisprudencia que se cita) y que una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades (apartado 46).

Proyectada esta doctrina al supuesto que nos ocupa, este OARC / KEAO considera que el compromiso aportado no satisface la finalidad a la que obedece el art. 63 del TRLCSP, que es la de brindar al poder adjudicador la garantía de que, durante el período a que se refiere el contrato, el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados, pues no demuestra que MUGARRI dispone, efectivamente, de las capacidades de URBASER para la ejecución del contrato. En este sentido, el documento es una declaración meramente formal de que URBASER dispone de la experiencia necesaria, pero sin especificar la forma concreta en que esta capacidad estará a disposición de la licitadora como, por ejemplo, señalando qué recursos pone esta última a disposición de la primera para completar su falta de experiencia.

3.4.15 Diferencia con obligaciones legales sectoriales que afectan a la prestación

Resolución 97/2015

El que el órgano de contratación legal y legítimamente no exija la concreción de determinadas condiciones de solvencia a las licitadoras del contrato no significa que éstas no deban cumplir con todas las obligaciones impuestas por la normativa sectorial de aplicación al

servicio al que se licita (servicio de transporte regular de uso especial), aunque éstas no estén expresamente señaladas en el PCAP, pues lo contrario sería tanto como afirmar que a través de lo señalado en el PCAP (que carece de rango normativo) se puede eximir del cumplimiento de las obligaciones contenidas en disposiciones normativas pudiéndose llegar al absurdo de que, como el PCAP no solicita que los choferes dispongan de carnet de conducir, éste requisito sea considerado como no necesario para la prestación del servicio de transporte escolar.

3.4.16 Momento en el que deben reunirse los requisitos

Resolución 88/2015

El contenido del artículo 146.5 es consecuencia de la modificación operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores en su internacionalización. Su dicción es meridiana al considerar el plazo de finalización de presentación de las ofertas como el momento para apreciar que los licitadores disponen de los requisitos de capacidad y solvencia. A este respecto, debe otorgarse la razón al poder adjudicador cuando distingue entre el momento en que los licitadores deben estar en posesión de los requisitos de solvencia –presentación de las ofertas–, y el momento de acreditar tales requisitos, que a tenor del apartado 4. del propio artículo puede quedar diferido al momento posterior de clasificación de las ofertas y requerimiento de documentación al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa, en los términos del artículo 151.1 del TRLCSP.

Resolución 133/2015

Con carácter previo, y aunque la cuestión no figura entre los argumentos alegados por el recurrente para oponerse a las cláusulas impugnadas, se observa que la obligación de que los requisitos de solvencia deban reunirse en la fecha de publicación del anuncio de licitación es contraria al artículo 146.5 TRLCSP, que establece que «el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones».

3.4.17 Documento europeo único de contratación

Resolución 119/2016

La letra H.3 del Anexo del PCAP prevé que la solvencia de medios personales se acreditará en la fase de licitación mediante declaración del licitador (según modelo nº 3) y deberá ser justificada documentalmente antes de la firma del contrato, por cualquiera de los medios previstos en el artículo 74 del TRLCSP. Esta forma de presentación de la documentación

es la prevista en el artículo 59 «Documento europeo único de contratación» de la Directiva 2014/24, que en sus apartados 1, 2, 3, 4 y 6 tiene efecto directo por ser claros, precisos e incondicionados; además, el mandato a la Comisión del apartado 2 está ya cumplido mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único del contratación, que pasa a ser la regla general y desplaza al carácter potestativo que a la declaración responsable del licitador le otorgaba el artículo 146.4 del TRLCSP.

Resolución 40/2018

En este apartado, el criterio de este Órgano coincide con el expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Recomendación de 6/4/2016 señaló que «los órganos de contratación deberán recoger expresamente en los pliegos el derecho de las empresas a acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de acceso a través de la presentación del DEUC. Se trata de un derecho de las empresas y, por lo tanto, no de una obligación.» Esta postura coincide además sustancialmente con la mantenida en las páginas 39 y 40 del documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos», elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales y aprobado el 1 de marzo de 2016,[6] que entiende que la aplicación del DEUC se deriva del efecto directo del artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE. Consecuentemente, las cláusulas impugnadas deben anularse, sin que sea aceptable la argumentación de que tales estipulaciones nunca conllevarían la exclusión de un licitador, pues la ilegalidad de los pliegos es clara y no puede matizarse en virtud de la hipotética interpretación que de ellos haría el órgano de contratación durante el procedimiento de adjudicación.

Resolución 54/2018

La cuestión central para la resolución del recurso es determinar si el adjudicatario impugnado ha acreditado correctamente la solvencia económica y financiera exigida en los pliegos. Para ello, debe previamente fijarse el valor y alcance del DEUC. Este documento está previsto en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública,[7] y es, en síntesis, una forma de cumplimiento provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que confirma que el licitador cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, los referidos a las condiciones de solvencia económica y financiera. El DEUC se redacta sobre la base de un formulario uniforme, aprobado por el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 (en adelante, Reglamento 2016/7). Por lo que toca al objeto de la impugnación, son aspectos relevantes de esta normativa los siguientes:

[6]Disponible en el siguiente enlace: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf.
[7]Aplicable al procedimiento de adjudicación debatido en virtud del efecto directo de esta norma; ver, por ejemplo, la Resolución 40/2018 de este OARC / KEAO.

- el DEUC debe ofrecer también la información pertinente sobre las entidades sobre las entidades de cuya capacidad depende el licitador, de modo que la verificación de esa información se pueda llevar a cabo simultáneamente a la verificación relativa a dicho licitador y en las mismas condiciones (Considerando 1 del Reglamento 2016/7).

- el poder adjudicador puede solicitar a los licitadores que presenten la totalidad o una parte de los certificados o documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento, si resulta necesario para el buen desarrollo del mismo (artículo 59.4 de la Directiva 2014/24 y Anexo I del Reglamento 2016/7).

- un operador económico que participe por su cuenta en el procedimiento de adjudicación y que no recurra a la capacidad de otras entidades para integrar su solvencia debe cumplimentar un único DEUC; por el contrario, el que participe por su cuenta y sí recurra a la capacidad de una o varias entidades distintas de ella misma (como permite el artículo 63 del TRLCSP) deberá garantizar que el poder adjudicador recibe su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que conste la información pertinente, por cada una de las entidades de que se trate.

- el formulario normalizado de DEUC aprobado por el Reglamento 2016/7 diferencia, en los apartados C y D de su Parte II, «la Información sobre el recurso a las capacidades de otras entidades de la Información relativa a los subcontratistas en cuya capacidad no se basa el operador económico» (ver también el Anexo I del Reglamento 2016/7 en relación con el artículo 71.5, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24, citado en el pie de página 3 de dicho Anexo).

A la vista de lo anterior, así como de lo dispuesto en el artículo 146.5 del TRLCSP, que establece que «el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones», debe analizarse ahora el contenido del DEUC presentado por SATIE. En dicho documento constan los siguientes contenidos:

- en la Parte II, letra C, «Información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades», a la pregunta «¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?» el interesado responde No; además, no consta que el licitador presentara DEUCs referidos a empresas distintas de ella misma.

- en la Parte II, letra D, «Información relativa a los subcontratistas a cuya capacidad no recurra el operador económico», a la pregunta «¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?», responde «Sí», mencionando, bajo el epígrafe «en caso afirmativo y en la medida en que conozca este dato, enumere los subcontratistas previstos a Técnico de instalaciones (15%): LM Ingenieros, S.L. Coordinador de Seguridad y Salud (5%): Bategin S.L.P.».

- en la Parte IV, «Criterios de selección, apartado a), Indicación global relativa a todos los criterios de selección», el operador declara cumplir todos los criterios de selección requeridos.

Del contraste de la normativa aplicable con el DEUC de SATIE se deduce que la empresa no manifestó en él la intención de integrar su solvencia económica y financiera con la de otras entidades; dicho de otro modo, declaró que el criterio de solvencia económica y financiera exigido por el apartado 29.2.3 de la carátula del PCAP se cumplía sin necesidad de integrar su solvencia con la de ninguna otra entidad. Cuando, una vez designada la oferta más ventajosa, se le solicitó la acreditación correspondiente, presentó una declaración insuficiente, pues únicamente se satisfacía el requisito de alcanzar, al menos, los 268.000 euros de volumen de negocio en el ejercicio 2015, pero no en los ejercicios 2014 y 2016, dándose la circunstancia de que el citado apartado exigía que dicho umbral se alcanzara en los tres ejercicios. Por lo tanto, la actuación correcta es la exclusión de la proposición y la retroacción de actuaciones para la adjudicación del contrato al siguiente licitador clasificado en el listado del artículo 151.1 del TRLCSP, con base en los siguientes argumentos:

- El DEUC es una declaración que sustituye a la documentación acreditativa de las circunstancias a las que se refiere, y supone que el licitador manifiesta que las satisface y que está en disposición de aportar dicha documentación en el momento en el que se le requiera para ello, que no necesariamente tiene que ser el previo a la adjudicación, una vez que su proposición ha sido designada como la más ventajosa, como se deduce del artículo 59.4 de la Directiva 2014/24. SATIE declaró cumplir por sí solo, sin necesidad de integración, con el requisito de solvencia, declaración que no ha podido materializar cuando se le ha requerido para ello. Debe señalarse que la incompatibilidad entre la declaración presentada y los términos del apartado 29.2.3 de la carátula del PCAP es clara, y que no se trata de una acreditación insuficiente sino, por el contrario, de la acreditación de que el requisito no se cumple, por lo que no es posible acudir al trámite de subsanación establecido en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pensado para los defectos de la documentación acreditativa, no para suplir las carencias probatorias de documentos formalmente correctos.

- No cabe que SATIE acredite la solvencia económica y financiera de un modo distinto al que señaló en su DEUC. Ello sería contrario a la misma esencia de este documento, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles y se estaba en disposición de acreditarlo en cualquier momento procedimental en que se le exigiese, precisamente en los términos expresados en el DEUC. Admitir una acreditación en estos términos sería tanto como permitir la aportación de documentos no sustituidos por la declaración incorporada al DEUC, cuyo propósito es justamente sustituir la presentación de los citados documentos; por ello, el apartado 24.3 del PCAP establece que el licitador que ha presentado la mejor oferta debe aportar los documentos que acrediten su solvencia (…) y que la empresa declaró disponer en el momento de presentar su oferta o, en su caso, el sobre A mediante el DEUC» y no ningún otro documento distinto de estos. Adicionalmente, debe añadirse que ni siquiera se presenta, ni en un primer momento ni después, el DEUC de la empresa cuya solvencia pretende integrarse con la propia, como pide la normativa aplicable.

- El art. 69.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en el TRLCSP (ver su Disposición Final tercera), dispone que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato que se

incorpore a una declaración responsable determinará, entre otras consecuencias, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho. En este sentido, la sustitución de la declaración inicial del DEUC de no integración de la solvencia económica y financiera por una posterior en sentido contrario, ha de entenderse como de carácter esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (art. 32.b) TRLCSP).

3.4.18 Diferente de las prescripciones técnicas

Resolución 24/2016

El recurso impugna, en primer lugar, varios de los requisitos de solvencia técnica exigidos; en concreto, las cláusulas recurridas y la opinión de este Órgano sobre ellas son las siguientes:

> Declaración responsable, por parte del licitador, de que dispone de tecnología, desarrollada por la empresa licitante, que le permite la efectiva fabricación y montaje de reguladores de tráfico, con la capacidad y funcionalidades exigidas en este pliego; y que dichos reguladores se adaptan en todos sus términos al Informe UNE 135401-4 IN «Equipamiento para señalización vial – Reguladores de tráfico – Parte 4: protocolo de comunicaciones – Tipo M», no existiendo en ellos ningún encriptamiento o sistema de limitación que impidiera al Ayuntamiento el acceso a las funcionalidades del regulador con la única ayuda de la documentación que el contratista facilite al Ayuntamiento al inicio del contrato.

A juicio de este OARC / KEAO, son varios los principios generales aplicables en materia de solvencia técnica que esta estipulación infringe. En primer lugar, incluye aspectos que no guardan relación con la solvencia, pues no se refieren a los «conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad» de los licitadores, sino a prescripciones técnicas de los productos que deban instalarse, las cuales deben figurar en el pliego correspondiente (artículos 116.1 y 117 del TRLCSP).

3.5 HABILITACIÓN PROFESIONAL

3.5.1 Diferencia con la solvencia

Resolución 99/2014

El artículo 54.2 del TRLCSP dispone que los empresarios, además de tener plena capacidad de obrar, no estar incursos en una prohibición para contratar y acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos así exigidos por

la Ley, encontrarse debidamente clasificados, deben contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

El artículo 78 del TRLCSP define la solvencia técnica o profesional como los conocimientos técnicos, la eficacia, experiencia y fiabilidad necesarias para la prestación del servicio y regula los concretos medios de acreditación de dicha solvencia en un listado que hay que considerarlo cerrado, lo cual delimita el tipo de exigencias mínimas de solvencia que se pueden insertar en los Pliegos, que son sólo los que son susceptibles de acreditar mediante dichos medios.

Por su parte, la habilitación empresarial o profesional es un requisito que afecta a la capacidad de obrar del licitador, entendida ésta como la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces. Lo que pretende el legislador al exigir el requisito de la habilitación es el evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal (Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 de la JCCA).

En el supuesto examinado, el requisito solicitado, la inscripción en el Registro Oficial de euskaltegis y centros de autoaprendizaje de euskera, con independencia de su ubicación sistemática en el PCAP, no puede ser considerado un requisito de solvencia técnica o profesional, tal y como alega el poder adjudicador en su informe, sino una habilitación profesional pues la inscripción se convierte en una autorización administrativa necesaria para obtener la condición de euskaltegi o centro de autoaprendizaje y, en consecuencia operar como tal, así como para la obtención de las ayudas públicas concedidas por HABE. Por consiguiente, es el licitador quien debe acreditar el cumplimiento de este requisito.

3.5.2 No susceptible de integrarse con medios externos

Resolución 99/2014

Es cierto que el artículo 63 del TRLCSP contempla la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos pero, como se ha indicado anteriormente, el requisito solicitado no es de solvencia sino una habilitación profesional, y conforme al artículo 54.2 del TRLCSP este último requisito lo debe acreditar el empresario licitador. Nada obsta a que una agrupación de interés económico contrate con el sector público pero tendrá que acreditar en cada caso los requisitos exigidos en el procedimiento de adjudicación en el que desee participar (en este sentido se expresa, aunque referido a la clasificación como contratista, la Resolución 68/2011 del TACRC).

3.6 OBJETO SOCIAL

3.6.1 Interpretación amplia

Resolución 27/2012

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el artículo 46 de la LCSP tiene una redacción buscadamente amplia: las personas jurídicas podrán licitar en los contratos cuyas prestaciones coincidan o sean incardinables en los fines o en el objeto social o en el ámbito de actividad de la propia persona jurídica. Una interpretación restrictiva de estos conceptos (objeto social, fines y ámbito de actividad) implicaría una restricción del principio de libertad de acceso a las licitaciones que iría en contra de la Directiva 2004/18/CE y de la LCSP.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido del artículo 46 de la LCSP en el Fundamento de Derecho Cuarto de su Resolución 247/2011, de 26 de octubre, manifiesta lo siguiente:

> No es, por tanto, ajena a la normativa de contratación pública la exigencia de que el objeto social de una empresa que desee contratar con la Administración deba ser acorde con el objeto del contrato que pretende que se le adjudique, ni el requerimiento de que la acreditación de tal concordancia se haga mediante la presentación de la escritura o de los estatutos de la sociedad en los que deberá poderse comprobar que existe dicha concordancia.

La propia Resolución alude a diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que avalan dicho planteamiento (20/02 y 32/03).

En este mismo orden, parece procedente citar aquí el Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias cuya conclusión es que: «Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios, sin que sea necesaria la coincidencia literal de los términos en que estén descritas las actividades que integran el objeto social y las prestaciones que integran el objeto del contrato».

3.6.2 Prestaciones accesorias

Resolución 85/2014

Los trabajos que el recurrente alega que no se hallan dentro del ámbito de actuación de las empresas que conforman la UTE adjudicataria son medios instrumentales para la consecución del verdadero objeto del contrato, que no es otro que el de la elaboración de

los materiales didácticos sobre lo cual no opone nada el recurrente, es decir, no discute que el objeto principal del contrato entre dentro del ámbito de actuación de la adjudicataria y, en consecuencia, pueda ser realizada por ésta. Sus dudas se centran en lo que respecta a las prestaciones accesorias y, a este respecto, se ha de tener en cuenta que el PCAP en el punto 15 de su carátula admite la subcontratación hasta un porcentaje del 60 por 100 del importe de adjudicación.

3.7 UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS

3.7.1 Capacidad y solvencia de la UTE

Resolución 71/2012

En el supuesto que venimos examinando, las cláusulas del pliego son claras, por lo que debe estarse al sentido literal de las mismas, debiendo en consecuencia, desestimarse las pretensiones del ahora operador económico recurrente pues la cláusula 18.i) del PCAP resulta clara al exigir que cada uno de los que componen la unión temporal de empresas deberán acreditar la solvencia conforme a lo establecido en los puntos anteriores y, el punto f) de dicha cláusula 18, dispone que «cuando así se prevea expresamente en la Carátula los licitadores deberán acreditar la solvencia mínima que se especifique para que sus ofertas sean admitidas. En caso contrario, serán excluidas por la Mesa de Contratación.»

En consecuencia, la solvencia mínima exigida en el punto 12 de la carátula del PCAP deberá ser acreditada por cada uno de los componentes de la UTE, admitiendo el operador económico recurrente que el requisito de solvencia técnica o profesional exigido lo cumple un único miembro de los cuatro que componen la unión temporal, de lo que cabe concluir que el acuerdo de no admisión fue adoptado por la Mesa de contratación de forma correcta.

En lo que respecta, a los informes de los órganos consultivos citados por el operador económico recurrente en defensa de su pretensión, se debe señalar en primer lugar que, conforme a reiterados pronunciamientos de los referidos órganos (Informes 7/2003, 5/2007, 6/2007 y 7/2009, de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía; Informe 8/2005, 4/2012 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña; Informes 11/2004, 46/1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) éstos no se pronuncian sobre expedientes en concreto y, la cuestión planteada en este recurso se refiere, precisamente, a la interpretación de una cláusula asumida por el operador económico recurrente.

Por otro lado, tal y como señala el poder adjudicador en su informe de fecha 8 de junio de 2012, la conclusión cuarta del Informe 8/2009, de 15 de junio de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía es de aplicación al recurso planteado y favorable a la fórmula de acreditación de la solvencia de las UTEs empleada por el poder adjudicador pues concluye que, de no exigirse clasificación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares

deberá concretarse la forma de acreditar la solvencia, bien exigiéndose que cada uno de los integrantes de la unión temporal deba acreditar en su totalidad la solvencia exigida o bien que dicha acreditación se haga mediante la acumulación de la que posea cada profesional, habiendo optado en este supuesto el poder adjudicador por solicitar en el PCAP la acreditación de la solvencia técnica o profesional a cada uno de los componentes de la UTE.

Las conclusiones de los otros dos Informes citados en el escrito no guardan relación con el objeto del recurso toda vez que el Informe 8/2005, de 4 de octubre de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña versa sobre la relación directa que debe existir entre el objeto social de las empresas que componen la UTE y el objeto del contrato y la imposibilidad de aceptar alteraciones en la capacidad de los licitadores una vez agotado el plazo de presentación de proposiciones así como la imposibilidad de poder aceptar la renuncia de una de las empresas integrantes de la UTE. Mientras que el Informe 29/10, de 24 de noviembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, concluye acerca de la exigencia de certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o gestión medioambiental a las empresas integrantes de una UTE.

3.7.2 Única fórmula de licitación solidaria

Resolución 64/2014

Aun cuando no forman parte del recurso ni de las alegaciones del interesado, el inicio de un nuevo procedimiento de licitación y su correcto desarrollo merecen realizar un breve comentario sobre las condiciones de aptitud para contratar con el sector público del artículo 54 del TRLCSP, cuando afirma que «Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar (…).» La dicción de este artículo impide que varías personas naturales, como ha ocurrido en el caso del contrato objeto de recurso, puedan licitar de forma individual y solidaria presentando una oferta conjunta. Esta cuestión ha sido tratada en el Informe 32/98, de 30 de junio, de la Junta Asesora de Contratación Administrativa del Estado que concluye diciendo que «En consecuencia, puede afirmarse que, en ningún caso, existe la posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente a la Administración para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sin que hayan constituido una unión temporal de empresarios que deberá formalizarse con posterioridad a la adjudicación.» Como se dice en el informe reproducido, para solventar esta situación puede recurrirse a las uniones de empresarios que prevé el artículo 59 del propio TRLCSP.

3.7.3 Capacidad de sus miembros

Resolución 131/2015

En este sentido, no cabía la posibilidad de continuar el procedimiento con el componente de la UTE no excluido, pues ello sería tanto como permitir la sucesión en el procedimiento sin que exista ningún negocio jurídico que pueda producir la subrogación en la posición de

licitador, virtualidad que sí tienen las figuras recogidas en el artículo 149 TRLCSP. Finalmente, la exigencia de personalidad jurídica para contratar impide entender que una sociedad irregular (es decir, no inscrita) pueda integrar una UTE, pues sería tanto como darle la opción de burlar el artículo 54.1 TRLCSP aprovechando esta forma de licitación solidaria. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

4.1 PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

4.1.1 Elección del procedimiento de adjudicación

Resolución 2/2012

El COVNA alega en segundo lugar que el procedimiento adecuado para este tipo de contratos es el de concurso de proyectos previstos en los artículo 168 a 172 de la LCSP.

El informe de 25 de agosto de 2011 de la Dirección de Patrimonio y Contratación afirma sobre esta cuestión que el artículo 122 de la LCSP enumera los diferentes procedimientos de adjudicación, siendo el procedimiento abierto y el restringido los ordinarios, mientras que según el punto 4. del propio artículo en los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en los artículos 168 a 172 de la LCSP.

En el informe se alega que corresponde al órgano de contratación determinar la utilización del concurso de proyectos como procedimiento de adjudicación. Apoya su parecer en dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (193/2000 y 491/2000), que tratan de la vulneración del procedimiento del artículo 216 (concursos de proyectos con intervención de jurado) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ambas sentencias terminan señalando que:

> (…) en el referido artículo 216 no se regulan todos los contratos de elaboración de proyectos de obras sino una simple especialidad, la de aquellos que se desarrollan por medio de concursos con intervención de un jurado, señalando la tramitación que debe seguir esta modalidad de contratación, no supone que todo contrato de elaboración de proyectos debe seguir en este sistema de contratación por medio de concurso con intervención de Jurado como se pretende.

Finaliza en este punto el informe manifestando que «(…), la elección del procedimiento para adjudicar los contratos que tengan por objeto la redacción de un proyecto es potestativa del propio órgano de contratación, y por lo tanto la elección del procedimiento Abierto de adjudicación del presente contrato de servicios adoptada por el Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes es acorde al régimen jurídico de la contratación del sector público».

Efectivamente, el artículo 122 de la LCSP describe los distintos procedimientos de adjudicación, remarcando en su punto 2. que la adjudicación realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto y restringido.

El artículo 93.4 de la LCSP señala que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente la elección del procedimiento. Por su parte, según el artículo 94 de la LCSP es el órgano de contratación quien, mediante resolución motivada, aprueba el expediente y dispone de la apertura del procedimiento de adjudicación.

Por tanto, debe manifestarse la conformidad con el informe de 25 de agosto de 2011 cuando afirma que en el presente contrato corresponde al Departamento promotor y en particular al órgano de contratación la facultad de elegir el procedimiento de adjudicación, siempre que se respeten los principios de igualdad, no discriminación y transparencia que proclama el artículo 123 de la LCSP.

Resolución 40/2017

Por el contrario, en el expediente no se da cumplimiento a la obligación señalada en el art. 109.4 del TRLCSP de justificar la elección del procedimiento y los criterios de adjudicación. Se ha de señalar que el contrato se está tramitando por el procedimiento abierto, que es uno de los procedimientos ordinarios de adjudicación (art. 138.2 del TRLCSP), de modo que su empleo no está reservado en exclusiva a un supuesto expresamente previsto en el TRLCSP cuya existencia debe ser acreditada por quien pretenda utilizarlo, como sucede, por ejemplo, con el procedimiento negociado (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2003, asuntos C-20/01 y C-28/01, ECLI:EU:C:2003:220, apartado 58, así como el Considerando 50 y las letras e) y f) del artículo 84.1 de la Directiva 2014/24).

Tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes en el contrato impugnado, entre las que se encuentran las consecuencias derivadas de los vicios denunciados y la entidad del derecho afectado, a juicio de este OARC / KEAO la omisión de las referidas justificaciones carece de la entidad jurídica suficiente para que pueda anular por si sola el procedimiento de adjudicación, por tratarse de una infracción accesoria, que no afecta a un aspecto sustancial del procedimiento de adjudicación cuya consecuencia sería, conforme al art. 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, la anulabilidad del acto pero únicamente si el mismo careciera de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o diera lugar a la indefensión de los interesados. En este caso, la falta de justificación no conlleva indefensión de los interesados, ni impide que los pliegos puedan alcanzar su fin, que es la celebración del negocio obligacional (…), y el contrato se va a adjudicar por el procedimiento abierto, que no limita la concurrencia porque permite a todo empresario interesado presentar una proposición (art. 157 del TRLCSP) y puede utilizarse con carácter general.

4.1.2 Contratación conjunta de proyecto y obra

Resolución 80/2012

La cuestión estriba en determinar si la complejidad del proyecto en cuanto a la sonoridad del centro a construir, es de tal orden técnico que de manera necesaria vincula al constructor de

la obra con la redacción del proyecto, de forma que únicamente el constructor que ejecute la obra venga obligado a redactar el proyecto de ejecución.

La respuesta no puede ser sino negativa, ya que no se aprecia esa necesaria vinculación entre el empresario y el proyecto que hagan de este contrato una excepción a la regla general de que la redacción de proyecto debe realizarse de forma previa y separada de la contratación de las obras. La complejidad de orden técnico que presentan la acústica del local y su destino no son diferentes a las de otros edificios, alguno ciertamente muy cercano al del objeto del contrato, destinados a actividades donde el sonido cobra especial relevancia, como pueden ser auditorios u otros locales de ocio en los que la calidad del sonido y la insonorización resultan ser uno de los núcleos centrales del proyecto, que quien los redacta debe resolver, sin que por ello sea preciso que se rompa el orden lógico de que el proyecto se redacte de manera previa y separada. Es de sobremanera conocido que en estos casos los redactores de los proyectos acuden a la colaboración con empresas especializadas, de más o menos prestigio dependiendo de la envergadura del proyecto, al igual que se realiza con otro tipo de instalaciones técnicas. Por tanto, no cabe admitir motivos de excepcionalidad basados en la sonoridad del centro que se pretende construir.

El edificio es de estructura metálica con una excelente facultad de transmisión acústica del sonido aéreo o del de contacto (vibraciones, golpes, etc.). Tanto el diseño como la ejecución de la nueva estructura deben ser realizados teniendo en cuenta que se trata de un edificio de características especiales, que no debe resultar afectado por la ejecución de las obras ni por el futuro funcionamiento del centro. El local en el que se ejecutarán las obras es colindante con dependencias de otras entidades públicas y privadas. En especial, sobre el forjado del techo de la planta baja se sitúan las oficinas generales de EITB, estudios (plató) de grabación de noticieros, instalaciones, estudios de emisión de programas de radio, zonas de control de imagen y sonido, administración general y zona de redacción general del Ente. Además, para la ejecución de las obras y delimitar la zona de trabajo destinada a los servicios necesarios (acopios de material, almacén, aseos, vestuarios oficina de obra, etc.) se cuenta únicamente con la superficie del local, por lo que el proyecto y las técnicas de ejecución deben estar ligadas para que, tanto el diseño de la estructura como su envolvente, se realicen en talleres ajenos al espacio de la obra con el objeto de evitar los ruidos aéreos o mediante la transmisión por contacto con la estructura del edificio.

No se puede negar que la ejecución de las obras producirá en cualquier caso afecciones que repercutirán en las actividades de los locales colindantes. Sin embargo, e igual que en el motivo anterior, para admitir la excepcionalidad debe justificarse que es el empresario seleccionado quien necesariamente debe realizar los estudios del proyecto y ejecución de obra, donde se reflejarán propuestas constructivas y técnicas de ejecución tendentes a minimizar las afecciones, tanto en proceso de ejecución de la obra como en el futuro funcionamiento del centro.

Pues bien, tampoco en este caso se alcanza a adivinar porque no puede conseguirse el mismo resultado contratando en primer lugar la redacción del proyecto, donde las prescripciones técnicas pueden hacer mención a que se valorarán las propuestas que ya en el propio proyecto minimicen las afecciones de la ejecución de la obra a los locales y actividades colindantes, pudiendo incluso ser objeto de valoración como criterio de adjudicación. Igualmente, en el contrato de ejecución de la obra puede valorarse positivamente a los

licitadores que propongan técnicas de ejecución que consigan el mismo resultado.

Finalmente, no puede tomarse en consideración como motivo de orden técnico las limitaciones de la superficie del local, que es a la vez lugar de ejecución y zona de trabajo, y que por ello el diseño de la estructura como su envolvente debe realizarse en talleres ajenos con el objeto de evitar, de nuevo, afecciones por emisión de ruidos. La ejecución de la obra en estas condiciones no presenta singularidades diferentes a las normales y generales para este tipo de obras que se realizan en locales y edificios ya construidos y ocupados con actividades de diversa índole.

4.1.3 Procedimiento restringido

Resolución 109/2014

Antes de entrar a tratar el fondo del asunto se considera necesario realizar algunas consideraciones de carácter general sobre el procedimiento de adjudicación restringido ya que a lo largo del escrito de interposición se realizan diversos reproches a su utilización.

El artículo 138.2 del TRLCSP dispone que la adjudicación de los contratos se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido. En el procedimiento abierto cualquier licitador interesado puede presentar una oferta (art. 157 TRLCSP), mientras que en el restringido sólo pueden hacerlo los empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación (art. 162 TRLCSP). Teniendo en cuenta que ambos procedimientos son ordinarios y que la norma no da ningún criterio o pauta de utilización preferente de uno u otro de los procedimientos, se puede concluir que la elección deberá basarse en criterios de oportunidad. Osakidetza justifica en el presente caso la elección del procedimiento restringido en la necesidad de solicitar acreditaciones desde el punto de vista profesional y económico así como acreditaciones de los técnicos en el ámbito de su formación técnica y software. Con independencia de lo que se indicará más adelante en relación a los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP que son impugnados por el recurrente, este órgano resolutorio considera razonable que en un contrato de la naturaleza y complejidad del que nos ocupa se adjudique por un procedimiento que permita solicitar a los licitadores una solvencia adicional y más específica que la acreditada a través del certificado de clasificación, que prueba la solvencia con un carácter abstracto (sirve para cualquier contrato de cierto tipo y cuantía), lo cual no es posible en un procedimiento abierto. Es por esta razón que, en el procedimiento restringido, la clasificación se suma a la solvencia exigida, tal y como se desprende del art. 11 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) al señalar que «En los contratos de obras y en los de servicios en los que sea legalmente obligatorio el requisito de la clasificación, cuando el procedimiento de adjudicación sea el restringido, se indicarán también en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios [de solvencia] a que hace referencia el párrafo anterior, sin perjuicio de la acreditación del requisito de clasificación.»

4.1.4 Concurso de proyectos

Resolución 63/2013

El fondo de la cuestión se centra en si se han de aplicar a la adjudicación del contrato en cuestión las normas especiales sobre concursos de proyectos contenidas en los artículos 184 y siguientes del TRLCSP. La definición del concurso de proyectos es la que figura en el artículo 184.1 del TRLCSP:

> 1. Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado.

Esta figura se define como un procedimiento encaminado a obtener planos o proyectos, en unos determinados campos que se relacionan de forma no limitativa, en el que la selección se realiza a través de un jurado nombrado al efecto y que respondan a uno de los tipos siguientes:

> a) Concursos de proyectos en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios
>
> b) Concurso de proyectos con primas de participación o pagos a los participantes.

El artículo 10 define el contrato de servicios como aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, señalando a continuación que a los efectos de aplicación del TRLCSP los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II de la citada norma. En dicho anexo, la categoría 12 se refiere a «servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajística. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos», definición que comprende, entre otras, el listado de servicios que figuran con los números de referencia CPV (Reglamento (CE) 213/2008, de 28 de noviembre) 71242000-6 (Elaboración de proyectos y diseños, presupuestos), 71243000-3 (Anteproyectos (sistemas e integración)), 71244000-0 (Cálculo de costes, seguimiento de costes), 71245000-7 (Proyectos presentados para aprobación, planos de ejecución y especificaciones), 71246000-4 (Determinación y listado de cantidades necesarias para la construcción), 71247000-1 (Supervisión del trabajo de construcción), de lo que cabe concluir que cuando lo que se pretende es la obtención de un resultado consistente en un proyecto de obra el contrato ha de ser calificado de servicios. Cabe preguntarse si cuando el objeto del contrato de servicios es la redacción de un proyecto de obra el único procedimiento para adquirir planos o proyectos es el del concurso de proyectos. Las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos se ubican en el título dedicado a la adjudicación de los contratos, específicamente en el capítulo dedicado

a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. El TRLCSP le dedica la sección 6ª, precedida de las secciones dedicadas al procedimiento abierto (sección 2ª), al procedimiento restringido (sección 3ª), el procedimiento negociado (sección 4ª) y al diálogo competitivo (sección 5ª), como si se tratara de uno de los procedimientos de adjudicación de los contratos. No obstante, no puede considerarse que estas normas se refieran a un procedimiento de adjudicación, por dos razones; la primera, porque los procedimientos de adjudicación son los señalados en el artículo 28 de la Directiva 2004/18/CEE y en el artículo 138.2 del TRLCSP, esto es: el abierto, el restringido, el negociado y el diálogo competitivo, y, en segundo lugar, porque el artículo 174.d) del TRLCSP dispone que los contratos de servicios podrán adjudicarse por procedimiento negociado «Cuando el contrato sea la consecuencia de un concurso y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores, se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones».

Implícitamente el TRLCSP está reconociendo que los contratos de servicios cuyo objeto es la entrega de planos o proyectos pueden no adjudicarse por concurso, en cuyo caso la consecuencia será la imposibilidad de acudir al procedimiento negociado derivado. De ello se concluye que el concurso no es un procedimiento de adjudicación y que, en cualquier caso, no es el único sistema para seleccionar al adjudicatario en cualquier tipo de contrato de servicios.

En suma, el artículo 184 y siguientes del TRLCSP no regulan todos los contratos de elaboración de proyectos sino únicamente aquellos que se desarrollan por medio de un jurado y a los que se aplican unas normas especiales tanto en lo concerniente a la composición del jurado como a su tramitación. Pero esto no significa que todo contrato de redacción de proyecto se haya de tramitar conforme a estas normas específicas sino que cabe la adjudicación de estos contratos por cualquiera del resto de procedimientos regulados en el TRLCSP siempre que, conforme a lo dispuesto en el artículo 109.4 del TRLCSP, en el expediente se justifique adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

4.1.5 Diálogo competitivo

Resolución 121/2013

Se discute por el recurso la adecuación de tramitar el procedimiento de adjudicación mediante el diálogo competitivo. Según el artículo 138.2 TRLCSP, y a diferencia de lo que sucede con los procedimientos abierto y restringido, que son de aplicación general porque su utilización no está condicionada a la existencia de ciertos requisitos y son por ello denominados «ordinarios», el diálogo competitivo (como sucede con el procedimiento negociado) puede emplearse únicamente en ciertos casos, los previstos en el artículo 180 TRLCSP. Este precepto establece que «el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato»; en concreto, «se considerará que un contrato es particularmente complejo

cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.» Asimismo, debe recordarse que el artículo 109.4 TRLCSP establece que «en el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento», requisito cuyo cumplimiento es útil para que este Órgano pueda verificar si se cumplen los requisitos legales que autorizan el uso del diálogo competitivo.

La memoria de 10 de septiembre de 2013, suscrita por el Director Económico – Financiero del Hospital, justifica el procedimiento elegido «en virtud de lo establecido en el Documento Descriptivo donde se recogen las necesidades, los objetivos y las finalidades del Hospital Galdakao – Usansolo en cuanto a la Gestión del Archivo de Historias Clínicas y dado que nos es imposible definir los medios técnicos aptos para satisfacerlas, en términos de rendimiento y/o exigencias funcionales por tratarse de un contrato particularmente complejo donde la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores se hace fundamental, se propone al Órgano de Contratación la tramitación del procedimiento mediante el Diálogo Competitivo establecido en los Artículos 179 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.» Esta motivación es genérica y se limita a reproducir la normativa aplicable sin señalar cuáles son las razones que, en el caso concreto, aconsejan acudir al procedimiento de diálogo competitivo, por lo que será necesario acudir al documento descriptivo, al que se remite la memoria. El citado documento tampoco incluye un apartado para manifestar expresamente dichas razones y, a juicio de este Órgano, de su contenido no se deduce que el contrato tenga un objeto particularmente complejo que justifique su adjudicación mediante el diálogo competitivo, como se expondrá a continuación.

El contrato carece de complejidad en los aspectos jurídicos, pues las prestaciones son claramente clasificables dentro del contenido típico del contrato de servicios y no parece que del resultado del diálogo competitivo y la posterior formalización del contrato pueda surgir una relación entre el poder adjudicador y el contratista que requiera de su regulación mediante un clausulado especialmente complicado que no pueda preverse en la documentación contractual inicial. Por ejemplo, y sin perjuicio de que se podría haber optado por otro régimen distinto, el caso citado por el órgano de contratación en sus alegaciones («regulación de los derechos de propiedad intelectual e industrial de las diferentes soluciones de integración si las hubiere y análisis para su posterior comercialización») tiene ya su propia regulación en el apartado 35 del PCAP. Tampoco consta ninguna dificultad en los aspectos financieros, pues parece que el coste del contrato se va a sufragar ordinariamente, con cargo al presupuesto del poder adjudicador y con abonos directos al contratista previa justificación de los servicios prestados, y no se prevé que vaya a utilizarse ningún sistema de pago especial que suponga un reparto especial del riesgo o cuya determinación implique complicados cálculos financieros. Respecto a la dificultad para definir los medios técnicos para satisfacer las necesidades de la Administración, no pueden considerarse relevantes las genéricas afirmaciones sobre un nuevo «modelo de negocio», ya que cualquier nuevo contrato, sea cual sea su procedimiento de adjudicación, puede dar lugar a una relación contractual distinta a la que antes era aplicable al servicio que constituye su objeto, sobre todo cuando ya se ha dicho que el documento descriptivo no tiene trazas de que la nueva relación vaya a tener excesivas peculiaridades jurídicas o económicas. Análogo comentario merece el carácter «innovador» y «exportable a otras organizaciones de Osakidetza»,

características que no son exclusivas de los contratos adjudicados por diálogo competitivo ni justifican, por sí solas, su empleo.

Este Órgano entiende que del contenido de los documentos contractuales se deduce que no hay dificultad para describir las soluciones técnicas precisas para satisfacer las necesidades de la Administración en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, combinando si es preciso la correcta delimitación del objeto contractual con una redacción suficientemente abierta de las prescripciones técnicas y permitiendo, en su caso, la presentación de variantes (artículo 147 TRLCSP). Tampoco se ha justificado que el contrato no pueda adjudicarse por procedimiento abierto o restringido; de hecho, el objeto contractual es, en buena parte, realizar el mismo trabajo que se realiza actualmente y parte de «las capacidades que el sistema ya tiene a día de hoy» (apartado 2.3 del documento descriptivo). Es cierto que muchos aspectos de la prestación no están suficientemente perfilados, pero ello no se debe a ninguna dificultad intrínseca para ello, sino a una deficiente o contradictoria definición del objeto y de las cláusulas contractuales. Así, por ejemplo, no se entiende que la forma de pago sea mensual y «acorde con la superación de las diferentes fases del proyecto» y servicios realizados y, en cambio, vayan a ser criterio de adjudicación (y por lo tanto, no susceptible de alteración durante el diálogo) los precios unitarios por préstamo, custodia externa, digitalización e integración (que, por cierto, superan en la suma de su estimación al presupuesto del contrato) y no haya referencia diferenciada a los precios derivados de la implantación del citado proyecto; contradicción que impide conocer si el producto final entregable son las prestaciones susceptibles de precio unitario o el sistema nuevo ya implantado, o ambas.

En conclusión, ni de la motivación aportada en el expediente ni del contenido de los documentos contractuales se deduce que existan los requisitos legalmente previstos para aplicar el procedimiento de diálogo competitivo, por lo que debe estimarse este motivo de recurso.

4.1.6 Procedimiento negociado por imperiosa urgencia

Resolución 106/2014

El artículo 170 e) TRLCSP establece que se podrá utilizar el procedimiento negociado sin publicidad «Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 112.» Como en el caso de los demás preceptos que autorizan acudir al procedimiento negociado, la interpretación de esta norma debe ser estricta, evitando que su contenido termine aplicándose a supuestos no claramente comprendidos en ella. Además, la concurrencia de los requisitos necesarios debe ser adecuadamente justificada por quien pretenda aplicar este procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, asunto C-385/02, de 14-9-2004, apartado 19, y las que en ella se citan). En razón de su excepcionalidad y de la consideración de

los procedimientos abiertos y restringidos como ordinarios (artículo 138.2 TRLCSP), deberá acreditarse que la satisfacción del interés público no podía satisfacerse por otro medio menos lesivo para los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Finalmente, la magnitud de la lesión a dichos principios que el procedimiento negociado sin publicidad supone, y que solo en casos tasados el TRLCSP permite, debe ser proporcionada al interés público que se quiere atender y no extender la excepcionalidad más allá de lo necesario para salvaguardar dicho interés (ver la sentencia del TJUE de 14-6-2007, asunto C-6/05, apartados 60 y siguientes).

A la vista de todo ello, se observa que en el expediente se acredita, mediante los informes del interventor y el secretario municipal, así como del propio PMD, la existencia de necesidades inaplazables que requieren una pronta respuesta (comienzo inminente, el 29 de septiembre de 2014, de las campañas deportivas dirigidas a la población, cuya interrupción afecta a miles de usuarios y decenas de trabajadores) incompatible con los plazos de los procedimientos ordinarios, incluso aunque el expediente se declare urgente. El motivo imprevisto alegado (un recurso que paraliza la adjudicación) no es imputable al poder adjudicador, pues su interposición depende de la voluntad de un tercero y su efecto suspensivo viene legalmente impuesto con carácter automático, siendo su levantamiento potestad únicamente de este OARC / KEAO; por el contrario, la actuación del órgano de contratación ha sido particularmente diligente, pues el procedimiento negociado se inicia a la vista del anuncio de recurso, lo que demuestra que se ha procurado disminuir al máximo el impacto negativo de la suspensión en la continuidad del servicio. Asimismo, el uso del procedimiento negociado es proporcionado al interés público invocado, pues la duración del contrato no se prolongará más allá del tiempo necesario para resolver el recurso o acordar el levantamiento del procedimiento, y en ningún caso más de seis meses.

4.1.7 Proceso de negociación

Resolución 11/2014

Los artículos 169 y 176 a 178 TRLCSP configuran el procedimiento negociado con unas notas propias que lo diferencian de los procedimientos ordinarios (abierto y restringido); especialmente significativo para el caso analizado es que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. No existe, por tanto, la inalterabilidad de las ofertas propia de los procedimientos ordinarios y la negociación con las empresas participantes se constituye en un trámite esencial, cuya omisión conlleva la invalidez del procedimiento (ver, por todas, la Resolución 231/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En el procedimiento analizado el PMD ha solicitado a las empresas invitadas que mejoraran sus ofertas iniciales a la vista de todas las proposiciones presentadas. Esta actuación estaba prevista en el apartado III.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y de su cumplimiento hay constancia en el expediente (por ejemplo, en la página 64). A juicio de este

Órgano, todo ello indica que se ha satisfecho suficientemente el trámite de la negociación. Hay que recordar que el procedimiento negociado se caracteriza por su flexibilidad, por lo que no es necesario que se documente en un acta específica o que consista precisamente en una cadena de propuestas y contrapropuestas. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse.

Resolución 112/2015

SÉPTIMO: Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2013 (asunto C-561/12), que la entidad adjudicadora cita, la legislación contractual no autoriza a negociar con los licitadores ofertas que no cumplen los requisitos imperativos establecidos en las especificaciones técnicas del contrato, pues se privaría de utilidad a la fijación de dichos requisitos y no permitiría una negociación común e igualitaria con todos los licitadores fundamentada en ellos (ver, en especial, los apartados 33 y siguientes). Partiendo de esa base, queda solo por determinar si las irregularidades que el acto impugnado achaca a la oferta de GMV son efectivamente «requisitos imperativos». Dado que su incumplimiento conlleva la grave consecuencia de la exclusión de la oferta, la consignación de dichos requisitos en la documentación contractual debe ser lo bastante clara como para ser entendida de la misma forma por cualquier operador económico mínimamente diligente (ver las Resolución 67/2014 de este OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/200, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, de 12/11/2009, asunto C-199/07 y de 22/4/2010, asunto C-423/07); en el mismo sentido, el acto de exclusión debe estar adecuadamente motivado por referencia a los apartados de los pliegos u otros documentos contractuales en los que se base. En el caso analizado, el acto impugnado no cita en qué apartado de los pliegos se señalan los requisitos técnicos incumplidos por el reclamante, ni mucho menos indica dónde se les atribuye la condición de requisitos mínimos obligatorios; consta en el expediente un informe técnico de valoración de la oferta que sí menciona los apartados del PPT que se consideran infringidos, pero tampoco señala dónde se establece su carácter imperativo y no consta que haya sido notificado al recurrente. Analizados el Pliego de Condiciones Económico Administrativas (PCEA) y el PPT, se observa que no mencionan cuáles son los requisitos técnicos imperativos; en este sentido, no cabe considerar que tienen esta condición todos los que figuran en dichos documentos contractuales, pues ello supondría negar la posibilidad de que la posición inicial de la entidad adjudicadora se altere mediante la negociación, lo que constituye precisamente el rasgo más característico de este procedimiento de adjudicación. En cambio, el apartado 16 del Pliego de Condiciones Económico Administrativas sí señala, entre los aspectos que pueden ser objeto de negociación, las «características generales del servicio a prestar» y la «solución técnica ofertada». A juicio de este OARC / KEAO, estos términos son tan amplios que impiden considerar que haya algún aspecto técnico de la prestación excluido de la negociación, lo que es tanto como decir que no hay ningún requisito técnico imperativo, pues todos ellos se pueden modificar durante el procedimiento de contratación y antes de la adjudicación. Por ello, no es posible excluir ninguna oferta con base en el incumplimiento de requisitos imperativos. Por el contrario, es de aplicación la reiterada doctrina de los órganos de recursos contractuales que establece que la negociación es un elemento esencial del procedimiento que nos ocupa hasta el punto de que su omisión conlleva sanción de invalidez (ver, por todas, la Resolución 111/2014 de este OARC / KEAO), por lo que la reclamación debe ser estimada y la oferta del recurrente admitida al procedimiento.

4.1.8 Acuerdo marco

Resolución 104/2015

Por lo que se refiere a esta cuestión, se plantea por los recurrentes que los pliegos no se ajustan a lo establecido en el artículo 198.4 TRLCSP, que define el procedimiento que debe seguirse para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco cuando no todos sus términos están establecidos en el citado acuerdo marco. Osakidetza, por el contrario, entiende que es aplicable dicho precepto en su primer párrafo, el cual autoriza a adjudicar los contratos derivados simplemente aplicando los términos del acuerdo marco.

El artículo 198.4 TRLCSP establece en su primer apartado que «cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación», pero el segundo apartado del mismo precepto señala que «cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco», con arreglo al procedimiento que a continuación describe y que, en general, exige una consulta escrita a los adjudicatarios del acuerdo marco y la aplicación de criterios en él previstos que identifiquen la mejor oferta. De lo anterior se deduce que la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco cuando éste se formaliza con varios empresarios tiene una tramitación distinta según dicho acuerdo fije o no todos los términos de los citados contratos que en él habrán de basarse. Siendo claro que los Pliegos permiten la adjudicación del acuerdo marco a varios empresarios, y que es aplicable el artículo 198.4 TRLCSP para la adjudicación de los contratos derivados, la cuestión se reduce a discernir si, efectivamente, el acuerdo marco establece todos los términos del objeto contractual. La respuesta es negativa, pues no es cierto que el acuerdo agote toda la regulación del suministro, siendo especialmente significativo que no se establezcan las cantidades de producto incluidas en cada contrato derivado, relacionadas a su vez con las necesidades que han de satisfacer, que tampoco se aclaran (¿las de un único centro? ¿las de todos los de un Territorio? ¿durante qué periodo?); estas cuestiones capitales de configuración de los contratos derivados no se fijan en el acuerdo marco y se dejan al arbitrio de los órganos que demandarán los bienes a suministrar. Habida cuenta de esta indeterminación, y al expresar que «los pedidos de los productos objeto de esta contratación se realizarán a cualquiera de las empresas adjudicatarias, sin que exista orden de preferencia entre ellas» (apartado 30.2 de la carátula del PCAP), el poder adjudicador se está reservando el derecho a adquirir libremente los suministros objeto del contrato a cualquier empresario incluido en el acuerdo marco, sin explicación alguna, sin aplicar ningún criterio que permita identificar la oferta más ventajosa de entre las opciones posibles y sin que los pliegos pongan límite alguno al volumen de negocio que puede conceder de esta forma arbitraria. Por todo ello, las cláusulas impugnadas no son solo contrarias a la literalidad del artículo 198.4 TRLCSP, sino que se oponen también a los principios de igualdad y no discriminación y oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP), por lo que deben anularse.

Resolución 72/2015

En síntesis**,** el recurrente solicita que se le adjudique en exclusiva el Acuerdo marco cuya adjudicación impugna porque, estando acreditado que su oferta es la más ventajosa tras la aplicación de los criterios de valoración, no hay motivo para compartir dicha adjudicación con otras dos empresas peor puntuadas; subsidiariamente, y a la vista de lo dispuesto en el punto 1 de la carátula del PCAP, se solicita que las únicas adquisiciones de medicamentos a los otros dos adjudicatarios sean las estrictamente necesarias para garantizar la continuidad de los tratamientos iniciados con anterioridad a la vigencia del referido Acuerdo Marco.

El análisis de la cuestión debe partir del contenido de los pliegos, los cuales no han sido impugnados en tiempo y forma, por lo que, según una reiterada doctrina, pasan a regir en sus propios términos el procedimiento de adjudicación y vinculan a la Administración y a los licitadores. Del contenido de dichos pliegos son especialmente significativos para el objeto del recurso los siguientes apartados:

1. Según la carátula del PCAP, se trata de un «Acuerdo marco mediante procedimiento regulado art. 198.4 del TRLCSP», identificándose la oferta más ventajosa mediante la aplicación de varios criterios.

2. El apartado 1.2 de la carátula del PCP establece lo siguiente:

> De acuerdo a la ORDEN SCO/2874/2007 de 28 de septiembre por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico, INFLIXIMAB es un fármaco no sustituible por el farmacéutico. Por ello en lo que respecta al lote 1 y al objeto de garantizar la continuación de los tratamientos iniciados con anterioridad a la adjudicación del presente expediente, se podrá adjudicar a más de un proveedor.

3. El apartado 41 de la carátula del PCAP establece que:

> La ejecución del contrato derivado del acuerdo marco se formalizará a través de los pedidos efectuados por las unidades responsables o destinatarias del acuerdo marco, sin necesidad de formalizar contratos derivados.

A la vista de estas cláusulas, es claro que los pliegos permiten expresamente la adjudicación del contrato a varios licitadores. Sin embargo, también es cierto que tal posibilidad está fundamentada en un único motivo mencionado en los pliegos, de tal modo que solo será legalmente correcta la adjudicación a varias ofertas si obedece a dicho fundamento, que es el de dar continuidad a los tratamientos médicos ya iniciados con productos distintos del ofertado por el licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa. Por ello, aunque, de acuerdo con los pliegos, pueda ser válida la adjudicación a varios licitadores, deben cumplirse dos condiciones: la primera, que la presencia en el acto impugnado de adjudicatarios distintos de aquél que presentó la mejor proposición, y la consecuente adquisición de los productos que ofertan, solo se justifica si obedece a que se trata de un producto necesario para dar continuidad a tratamientos ya iniciados, y solo en ese caso; la segunda, corolario o reverso de la primera, es que los pedidos que se soliciten para

satisfacer las necesidades originadas por tratamientos iniciados con posterioridad solo podrán efectuarse al empresario que efectuó la oferta más ventajosa, y solo a él.

Analizada la documentación que consta en el expediente, se observa que el acto impugnado no garantiza el cumplimiento de las dos citadas condiciones. Del tenor literal de la adjudicación no se deduce que entre los tres adjudicatarios, a pesar de tener distintas puntuaciones, exista diferencia alguna a la hora de obtener los pedidos derivados del contrato, pues no se establece para ello ninguna prioridad entre ofertas, ni se diferencia entre los pedidos necesarios para dar continuidad a tratamientos ya iniciados y los solicitados para nuevos tratamientos. Esta situación no se ajusta al contenido de los pliegos descrito más arriba y posibilita que el poder adjudicador reparta el volumen de negocio del contrato de modo arbitrario, pudiendo, por ejemplo, atribuírselo íntegramente a uno de los adjudicatarios o descartar completamente, de hecho, a la oferta más ventajosa, pues no hay en la adjudicación regla previa alguna que lo impida.

Por lo tanto, debe anularse el acto y retrotraerse las actuaciones para que, en su lugar, se dicte una nueva resolución que, a la vista de las puntuaciones otorgadas, declare adjudicataria exclusiva del suministro de los productos necesarios para los nuevos tratamientos a la empresa recurrente; la presencia, en su caso, de otra u otras ofertas en la nueva adjudicación solo será posible en cuanto sus productos sean necesarios para la continuidad de tratamientos ya iniciados y con ese límite, extremos ambos que deberán quedar claramente reflejados.

Sin perjuicio de lo anterior, este OARC / KEAO considera que la configuración del contrato no es la más idónea para la satisfacción del interés público que constituye su finalidad, y ello ha contribuido a producir el acto anulado. En particular, parece que hubiera sido más claro establecer lotes diferentes, uno para los productos para los nuevos tratamientos y además, tantos lotes como productos sean necesarios para dar continuidad a los tratamientos en curso. En su caso, estos últimos productos podrían también haber sido objeto de procedimiento negociado si se dieran los requisitos legales para ello.

Resolución 52/2017

En cuanto a la mención expresa de que el contrato no supone exclusividad, este OARC / KEAO entiende que, con independencia de su incorrecta consignación en el PPT, se trata de una cláusula superflua, pues contiene el mismo régimen legal que sería aplicable si los pliegos no se pronunciaran expresamente sobre la cuestión. En este sentido, el Considerando 61 de la Directiva 2014/24 señala expresamente que «los poderes adjudicadores no están obligados, con arreglo a la presente Directiva, a contratar obras, suministros o servicios que estén cubiertos por un acuerdo marco, en virtud de dicho acuerdo marco». Es cierto que en el Derecho nacional esta obligación sí es propia de los procedimientos de compra centralizada o sistemas similares (ver, por ejemplo, en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el artículo 23.3 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, o el artículo 206.3 del TRLCSP para el sector público estatal), pero no hay norma legal al respecto que afecte a la UPV – EHU ni consta que el acuerdo marco instrumente uno de dichos sistemas. Consecuentemente, sería la opción de la exclusividad, y no la contraria, la que sí precisaría de su señalamiento expreso en el PCAP.

4.1.9 Tramitación de urgencia

Resolución 47/2016

La tramitación de urgencia recogida en el artículo 112 TRLCSP permite que el expediente de contratación se beneficie de determinadas especialidades relevantes que agilizan su tramitación, las cuales se justifican por ser necesarias para la satisfacción del interés público implicado en el contrato, interés que no se satisfaría con la tramitación ordinaria. Entre estas especialidades hay una singularmente significativa para las empresas interesadas en el contrato por afectar a su fase de licitación, que es la reducción a la mitad del plazo de presentación de proposiciones. Dicha reducción supone un obstáculo para el acceso al contrato porque recorta el tiempo necesario para la elaboración de una oferta adecuada, especialmente en contratos que, como el analizado, tienen un cierto nivel de complejidad técnica y económica; en este caso, el plazo de presentación de ofertas se queda en ocho días naturales desde la publicación, según el apartado 12 del PCAP y el punto 7 a) del anuncio de licitación. Este perjuicio a la concurrencia solo puede ser tolerado cuando se justifique por la imposibilidad de alcanzar de otra forma el interés público que el contrato pretende materializar, y solo si existe una proporcionalidad razonable entre la magnitud del perjuicio y la del citado interés. No basta, por lo tanto, con la mera invocación del interés general, el cual, por definición, existe en cualquier contrato del sector público (artículo 22.1 TRLCSP), sino que la declaración de urgencia deberá estar soportada por una motivación que acredite la existencia de necesidades que no pueden satisfacerse mediante el procedimiento ordinario, así como la proporcionalidad de la medida, debiendo ser todo ello coherente con el contenido del expediente y el desarrollo del procedimiento. Establecidos los requisitos cuyo cumplimiento debe acreditar la motivación solicitada por el artículo 112.1 del TRLCSP, procede que este OARC / KEAO analice la justificación aportada, que consta en un documento suscrito el 16 de diciembre de 2015 por el presidente de la Comisión de Gobierno que se titula precisamente «Justificación de la tramitación urgente del expediente» («Espedientea presaz izapidetzeko justifikazioa»). El documento, que contiene incoherencias entre su fecha de emisión y las de los hechos a los que se refiere (se habla de una prórroga que se acordó mediante una resolución de 28 de diciembre), explica que el contrato con el actual prestador del servicio se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2015, que el servicio es imprescindible y de interés general, que ha sufrido diversos cambios y que, como consecuencia de todo ello, es necesaria la tramitación urgente para que el nuevo contratista pueda iniciar el servicio antes del verano, época en la que se incrementa enormemente la población del municipio. Esta justificación es insuficiente para fundamentar la declaración de urgencia, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un contrato con su finalización señalada por referencia a una fecha fija y cuyo objeto es un servicio público de prestación continua; que en este contrato, como en todos los del TRLCSP, esté implícito un interés general no significa necesariamente que éste no pueda satisfacerse por el procedimiento ordinario, cosa que no se desprende del documento. La referencia al periodo de verano no es tampoco convincente, pues no parece que, habida cuenta de los plazos previsibles de tramitación del procedimiento y perfección del contrato, la reducción de plazos prevista en el artículo 112 TRLCSP vaya a ser tan decisiva como para que solo si se dispone de ella pueda iniciarse la ejecución del contrato antes de la temporada estival; téngase en cuenta que, al tramitarse como un contrato no sujeto a regulación armonizada, puede llegar a utilizarse ordinariamente, de acuerdo con los artículos 143 y 159.2 TRLCSP, un plazo de 15 días naturales, por lo que

la reducción conseguida con la declaración de urgencia es de tan solo siete días naturales. Esta reducción, escasamente útil para la consecución del interés público, es en cambio muy relevante para los operadores interesados en la licitación, pues les priva de casi la mitad del plazo mínimo (ya de por sí muy ajustado) para elaborar su oferta para un contrato de cierta complejidad; asimismo, perjudica la consecución de la máxima concurrencia y la finalidad que con ella se persigue, la selección de la oferta económicamente más ventajosa posible (artículo 1 TRLCSP). Por todo ello, este OARC / KEAO estima que no hay proporcionalidad entre el grave perjuicio a los principios de libre acceso y competencia (artículo 1 TRLCSP) causado por la declaración de urgencia y el hipotético, pero en cualquier caso pequeño, beneficio al interés general conseguido con ella. No puede dejar de señalarse, además, que el artículo 3 del PPT establece que «la puesta en funcionamiento y efectiva prestación del Servicio en las condiciones actuales, se realizará por parte de la empresa adjudicataria en la fecha del Acta de Inicio, que será en un plazo máximo de DOS meses a partir de la firma del contrato». Dado que el artículo 112.2 c) TRLCSP establece que en la tramitación urgente el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización, el citado artículo 3 del PPT no solo es manifiestamente contrario a este precepto, sino que desmiente totalmente las argumentaciones del poder adjudicador para justificar la urgencia. No es aceptable la justificación aportada en el informe del artículo 46.2 TRLCSP, que señala que ese dilatado plazo se debe a la necesidad de realizar ciertos trabajos y modificaciones antes del inicio de la ejecución del contrato (señalización, repintado, modificación tarifaria…), y ello por dos razones: la primera, que se trata, en todo caso, de una motivación extemporánea, pues ya no puede cumplir una de sus principales funcionalidades, la de permitir el control del acto por los interesados mediante un recurso fundado (ver, por ejemplo, la Resolución 96/2015 del OARC / KEAO), y la segunda, que dichos trabajos se podían ejecutar igualmente en paralelo a una tramitación ordinaria.

4.1.10 Omisión de trámites esenciales del procedimiento

Resolución 29/2018

A la vista de lo anterior, es evidente que lo ocurrido es lo contrario a un procedimiento administrativo, que no es sino la sucesión de trámites legalmente ordenados tendentes al dictado de un acto. Así, en el procedimiento de contratación es previa a la adjudicación la selección de la oferta económicamente más ventajosa mediante la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos que rigen la licitación. En el caso analizado, la designación del adjudicatario se ha producido sin que antes se hayan aplicado dichos criterios, alterándose la esencia de cualquier procedimiento administrativo y del procedimiento de adjudicación en particular. Debe resaltarse que el núcleo de la cuestión no radica en si la falta de motivación provocó o no la indefensión del recurrente, la cual podía haberse evitado mediante el acceso, de cualquier forma, a la citada motivación aunque no constara en la notificación del acto impugnado; por el contrario, se trata que del contenido del expediente y de la propia admisión del poder adjudicador se deduce que tal motivación no existió hasta semanas después de la adjudicación, lo que es tanto como admitir que la decisión impugnada se tomó sin motivación alguna y sin ponderar previamente los criterios de adjudicación, es decir, arbitrariamente y omitiendo trámites esenciales del procedimiento

de adjudicación (ver, por ejemplo, los artículos 151.1 y 160.1 TRLCSP). Consecuentemente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 32 a) del TRLCSP, en relación con el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, debe declararse nula la adjudicación; además, debe cancelarse la licitación, pues, en este estado del procedimiento, la mera retroacción de actuaciones no permite que la evaluación de las proposiciones se produzca en las condiciones que exige el artículo 150.2 TRLCSP, aplicando separadamente los criterios automáticos y los discrecionales. Habida cuenta de dicha cancelación, no es necesario entrar en las demás irregularidades denunciadas en el recurso.

4.2 MESA DE CONTRATACIÓN

4.2.1 La Mesa en los poderes adjudicadores que no son Administración Pública

Resolución 120/2014

Tampoco se puede entender que el requisito de independencia se cumpla con la actuación de personal técnico ajeno a la Mesa de Contratación, ya que ésta no es el órgano proponente del que habla el artículo 150.2 TRLCSP; por el contrario, dicho órgano proponente no es otro que «aquél que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación» (Informe 34/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Resolución 113/2015

NOVENO: Por lo que se refiere al órgano competente para la valoración de las ofertas, debe partirse de la base de que ni las Mesas de contratación ni el comité de expertos son figuras legalmente reguladas para los poderes adjudicadores que, como KULTURNIETA, S.A., no tienen la condición de Administración Pública. En este sentido, el artículo 190.1 a) TRLCSP establece expresamente que el artículo 150.2 TRLCSP, en cuanto recoge el comité de expertos, no es aplicable al procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada tramitados por estas entidades, por lo que, con mucho menos motivo será preceptivo para adjudicar contratos, como el analizado, no sujetos a regulación armonizada, cuyo procedimiento es menos exigente (ver el artículo 191 TRLCSP); asimismo, el artículo 320.1 TRLCSP, que se refiere a las Mesas de contratación, establece que se trata de órganos de asistencia de «los órganos de contratación de las Administraciones Públicas». No obstante, nada impide que los Pliegos recojan un órgano colegiado con denominación y funciones análogas a las de la Mesa de Contratación, que es precisamente lo que ha hecho el PCAP en su apartado 20; así, se configura una Mesa entre cuyas funciones consta la valoración de los criterios de adjudicación, la clasificación de las ofertas por orden decreciente y la elevación de una propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

Como bien señala el poder adjudicador, la Mesa ha cumplido con estas funciones, incluida la de valorar los criterios sujetos a juicio de valor, aunque haya contado para ello con la asistencia de personal técnico pues ha asumido el contenido del informe que expresa dicha valoración. Por ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

4.2.2 Constitución de la mesa

Resolución 67/2013

El último motivo de impugnación es la defectuosa constitución de la CCC, mesa de contratación que ha tramitado el procedimiento recurrido. Se estima por la empresa que se ha infringido el artículo 26.1 de la Ley 30/1992, que pide que las reuniones de los órganos colegiados queden válidamente constituidas con la presencia del Presidente, del Secretario «y de la mitad al menos de sus miembros.» Alega la Administración que el artículo 10 del Decreto 136/1996, sobre régimen de la contratación de la Administración de la CAE, establece que las mesas de contratación de la CCC están compuestas por un Presidente, cuatro vocales y un Secretario, y que la mitad de los seis miembros se alcanza con los tres miembros reunidos en la mesa (Presidente, Secretario y Vocal); teniendo en cuenta que el Secretario tiene atribuido el cargo de vocal - asesor jurídico con derecho a voto, la constitución del órgano colegiado sería correcta.

El artículo 10 del Decreto 136/1996 establece que la CCC tiene seis miembros, por lo que la mitad que pide el artículo 26.1 de la Ley 30/1992 se satisface con tres de ellos, siempre que figuren el presidente y el secretario. Desde el punto de vista cuantitativo, no cabe duda que el secretario, tal y como se configuran sus funciones en el artículo 10 d) 1 del Decreto citado, incluyendo capacidad de voto, es en este caso concreto un miembro del órgano colegiado (artículo 25.1 de la Ley 30/1992), por lo que sí figurarían en principio los tres miembros necesarios.

No obstante, se observa que el puesto de Presidente no está desempeñado por la persona ocupante de alguno de los cargos a los que se refiere el artículo 10 a) del Decreto 136/1996, tanto en primera instancia (Directora de Patrimonio y Contratación) como en los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal (responsable del servicio o responsable de la Secretaría Técnica de la Dirección). Esta composición de la mesa supone, a juicio de este órgano resolutorio, una causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 (acto dictado prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados), al que se remite el 32 a) del TRLCSP. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15/3/1991, RJ/1991/2518), tienen ese carácter esencial, entre otras, «las reglas que determinan la composición del órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos; estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trate.» En el presente caso se ha infringido el artículo 10 a) del Decreto 136/1996, al constituirse el órgano ejerciendo la función de Presidente una persona que no puede desempeñar dicho cargo. La infracción es especialmente significativa si se tiene en cuenta que la exigencia de que el Presidente

de la CCC debe ser el titular de la Dirección de Patrimonio y Contratación o funcionario dependiente de él es consecuente con la adscripción de este órgano colegiado a la citada Dirección (artículo 8 del Decreto 136/1996). Debe tenerse en cuenta que la CCC es una mesa independiente del órgano de contratación y vinculada al departamento de Hacienda y Finanzas, cuyo ámbito de actuación es la tramitación de procedimientos de adjudicación especialmente relevantes, principalmente en razón de su cuantía. Se trata de un régimen que refuerza la objetividad en los expedientes en los que la CCC interviene y que se desvirtúa si finalmente la Presidencia la ocupa un funcionario nombrado por el órgano de contratación. En este sentido, la Exposición de Motivos del Decreto 136/1996 señala que la intervención de la Dirección de Patrimonio y Contratación mediante la CCC (desnaturalizada si dicha Dirección no ostenta la presidencia) es una «importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte en un determinado procedimiento de contratación», rotunda expresión que despeja cualquier duda sobre el carácter esencial de la infracción analizada.

Se infringe, por tanto, el artículo 26.1 de la Ley 30/1992 desde el punto de vista cualitativo, pues ninguno de los miembros presentes en la constitución de la CCC es el Presidente o persona que le sustituya, no cabiendo aplicar el régimen de suplencia del artículo 23.2 de la Ley 30/1992 por no tener carácter básico (STC 50/1999, de 6 de abril) y existir norma autonómica reguladora de la misma materia como es el Decreto 136/1996. A mayor abundamiento, este Decreto cuando ha querido que la Ley 30/1992 se aplique de manera supletoria a las normas de funcionamiento lo ha hecho de manera expresa como es el caso del artículo 23 relativo al funcionamiento de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa.

Que esta Resolución aprecie la nulidad de pleno derecho es coherente con el principio de congruencia (artículo 47.2 del TRLCSP) porque una de las pretensiones del recurso consiste en la petición de un pronunciamiento «sobre la validez de la composición de la CCC», resultando ser la cuestión controvertida si el presidente de la mesa de contratación, en la composición de la sesión de fecha 4 de octubre de 2012, pudo emitir el informe técnico económico de fecha 10 de septiembre de 2012.

No cabe desconocer la importancia fundamental de la propuesta de la mesa de contratación (en este caso la CCC) dentro del procedimiento de contratación y, en particular, para la clasificación en orden decreciente de valoración (artículo 22.1 e) y la declaración de que la oferta de un licitador está incursa en temeridad (artículo 22.1 f) ambos del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por lo que procede la retroacción de actuaciones.

4.2.3 Apertura de las ofertas

Resolución 129/2015

DÉCIMO: Constatada la omisión de la apertura de la oferta económica en acto público, se precisa examinar cuál es su alcance.

A juicio de este OARC / KEAO la garantía procedimental establecida en el TRLCSP tiene por

finalidad dotar de transparencia y seguridad jurídica al procedimiento de adjudicación y, por esta consideración, ha de ser entendida como un trámite esencial, cuya infracción supone una omisión absoluta del procedimiento legalmente establecido pues el defecto procedimental ha impedido que el procedimiento cumpla su fin, que es el de dotar de transparencia al procedimiento, y ha causado indefensión al recurrente al no poder comprobar que no ha habido actuación irregular en el procedimiento (en este sentido se manifiesta la Resolución TACRC nº 702/2015). La jurisprudencia ha precisado que basta, para declarar la nulidad, con que se omita alguno de los trámites esenciales del procedimiento (TS 21-5-97). En el supuesto que nos ocupa, la omisión del trámite procedimental debe ser calificada de esencial pues ha sido no sólo manifiesta, esto es, palpable y a todas luces evidente e inequívoca, sino también total y absoluta, en cuanto que la sesión de lectura del resultado de la evaluación del sobre «B» (proposición relativa a los criterios de adjudicación, no evaluables mediante cifras o porcentajes) y apertura del sobre «C» (criterios cuantificables por fórmulas) lo han sido a puerta cerrada, y su inobservancia ha impedido que el precepto cumpla su fin, el que los licitadores verifiquen que sus ofertas permanecen íntegras por no haber sido abiertas y el que constaten que se va a producir una evaluación sucesiva y separada de los criterios de adjudicación, lo cual supone la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 (acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido), al que se remite el 32 a) del TRLCSP.

En cuanto a sus efectos, la nulidad por su carácter de esencial afecta a todo el procedimiento de adjudicación pues las ofertas han sido abiertas, leídas y valoradas sin las garantías exigidas por el TRLCSP, por lo que estos actos no pueden ser conservados.

4.2.4 Competencias de la Mesa de Contratación

Resolución 45/2016

Los Miembros de la Junta General impugnan la composición de la Mesa de contratación de la cláusula A.7 del PCAP, por incumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP referente a la composición de las Mesas de las Entidades Locales, ya que la Secretaria-Interventora de la Mancomunidad no forma parte de la Mesa como vocal, como exige la Disposición, sino que lo hace como Secretaria del órgano colegiado, vulnerando las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

La Disposición Adicional Segunda del TRLCSP regula las normas específicas de contratación de las Entidades Locales, y según su apartado 10:

> La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

Tal y como afirman los recurrentes, la cláusula A.7 del PCAP dispone que la Secretaria de la Mesa de contratación será Doña E. B.E., que a la sazón es la Secretaria-Interventora de la Mancomunidad. La dicción de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP es clara, el Secretario de la Entidad Local forma parte de la Mesa de contratación en calidad de vocal –además en este caso concreto lo hace también en su condición de interventora–; mientras que las funciones de Secretaría del órgano colegiado se encomiendan a un funcionario de la Corporación, que necesariamente tiene que ser una persona distinta a la Secretaria-Interventora de la Mancomunidad.

El OARC / KEAO tuvo ocasión de examinar una cuestión similar, referente a la Presidencia del órgano colegiado, en su resolución 67/2013 donde concluyó que una composición indebida era causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 –acto dictado prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados–, al que se remite el 32 a) del TRLCSP, y que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15/3/1991, RJ/1991/2518) tienen ese carácter esencial, entre otras, «las reglas que determinan la composición del órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos; estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trate.» Por tanto, cualquier acuerdo que adoptara la Mesa no respetaría las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, por no ajustarse su composición al mandato de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP. Téngase en cuenta, además, que las funciones del secretario y del miembro en un órgano colegiado son diferentes. Así, el secretario goza de voz pero no de voto (art. 25 Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y el miembro vocal goza de voz y de derecho a voto que, en el caso de ser personal al servicio de una administración pública, no puede abstenerse (art. 24.1.c) Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En consecuencia, debe declararse nula la cláusula A.7 del PCAP.

Resolución 105/2016

El primer motivo de la impugnación es la incompetencia de la Mesa de Contratación para adoptar la exclusión, facultad que, según el recurrente, corresponde al órgano de contratación. Como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 119/2013, este argumento.

> (...) no puede conducir a la estimación del recurso porque lleva a una conclusión que en ningún caso puede llevar a la satisfacción del interés del recurrente. Una hipotética retroacción de las actuaciones ordenada con base en la incompetencia de la Mesa tendría la consecuencia de que este órgano colegiado propondría al órgano de contratación la exclusión de la oferta sin valorarla, y éste la ratificaría, como se deduce claramente de su actual oposición a las pretensiones de la empresa. Tal consecuencia sería contraria a la más elemental economía procesal, pues supondría anular un acto para que, al final, la situación procesal del recurrente fuera la misma (artículo 66 de la LRJPAC), con el agravante de que se vería obligado a impugnar la adjudicación con los mismos argumentos de fondo que utiliza en el presente recurso. En este sentido, es claro que la posibilidad de impugnar la exclusión decidida por la Mesa como un acto de trámite cualificado autónomo respecto a la adjudicación es mucho más garantista

para el recurrente y coherente con el artículo 40.2 b) TRLCSP, pues permite, si prosperan los demás motivos de impugnación, retrotraer las actuaciones y que su oferta sea valorada de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en los Pliegos.

4.3. COMITÉ DE EXPERTOS

4.3.1 Intervención preceptiva del Comité: consecuencias de la omisión

Resolución 100/2014

Debe concluirse, entonces, que la exigencia de participación de un comité de expertos u organismo técnico especializado en la valoración es aplicable al caso analizado. Como se deduce del expediente y reconocen las partes, es igualmente claro que no ha intervenido ningún comité de valoración. También es evidente, pese a lo que alega el poder adjudicador, que no ha habido intervención de un organismo técnico especializado, pues no puede tener esta condición una persona adscrita como técnico a la Dirección de Sistemas de Información, responsable del programa al que se adscribe el contrato y por lo tanto «órgano proponente del contrato» (ver el informe 34/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Finalmente, es irrelevante que la cláusula 32 de la carátula excluyera la actuación del citado comité. Un requisito procedimental esencial necesario para el correcto dictado de la resolución de adjudicación no depende, para su aplicabilidad en un caso concreto, de lo que conste o no en los Pliegos, que no pueden disponer válidamente de tales requisitos, sin que sea aquí procedente la doctrina de que los citados Pliegos rigen la licitación mientras no hayan sido impugnados en tiempo y forma, pues la exigencia de la actuación del comité u organismo viene directamente establecida por el TRLCSP y sus efectos se despliegan sin más durante todo el procedimiento de licitación. La sanción legal de la omisión objeto de análisis es la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP–, establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 TRLCSP). La citada nulidad conlleva la de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 150.2 TRLCSP.

Resolución 35/2015

Tal y como afirma INBISA, en el presente contrato el Ayuntamiento de Lemoa ha dado

preponderancia a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, de ahí que la emisión del juicio técnico deba realizarse por un comité de expertos o un organismo técnico especializado. El artículo 29 del RLCSP regula la designación de los órganos que deben efectuar la valoración, y prevé que cuando se trata de un comité de expertos la designación puede hacerse directamente en los pliegos o establecer en ellos el procedimiento para efectuarla, si se trata de un órgano especializado la designación debe figurar en los pliegos; y tanto en un caso como en otro la designación se publica en el perfil de contratante.

No consta en el expediente la designación de ninguno de los dos posibles órganos de valoración. Por el contrario, sí queda reflejado –folios 78 a 83– que la valoración de las ofertas técnicas se realizó por la Arquitecta Técnica Municipal a petición de la Mesa de contratación que en su reunión de 15 de enero de 2015 acuerda «(…) dar traslado de toda la documentación a la Oficina Técnica Municipal, al objeto de la emisión del informe que proceda, en aplicación de lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, aprobado mediante acuerdo plenario de 3 de diciembre de 2014.»

Por razones obvias no puede otorgarse a la informante la condición de comité, pues el artículo del 28.1 del RLCSP prevé que deberá estar formado como mínimo por tres expertos; tampoco puede otorgarse el carácter de organismo técnico especializado a quien forma parte del poder adjudicador en su condición de miembro de la Oficina técnica Municipal, que probablemente fue la unidad que propuso la necesidad del contrato, aunque en el expediente remitido no hay justificación alguna sobre la necesidad e idoneidad del contrato, como requieren los artículos 22 y 109 del TRLCSP.

No puede admitirse la alegación de la UTE CESPA / ASASER de que la participación de un comité de expertos en el procedimiento de contratación puede suponer una carga excesiva para contratos sencillos o para entidades pequeñas que no disponen de una organización administrativa dimensionada, porque ha sido el propio órgano de contratación quien, no estando obligado, ha otorgado a los criterios de adjudicación que dependen de la emisión de un juicio de valor una ponderación mayor que a los criterios automáticos, señalando de esta forma que el comité de expertos o el organismo técnico especializado son quienes deben efectuar la valoración de aquéllos.

Tampoco puede acogerse su alegación de que la Mesa de contratación encomendó la valoración de los criterios subjetivos a una profesional no integrante de la misma, y que la facultad de solicitar informes adicionales por la Mesa está expresamente establecida en el artículo 160.1 del TRLCSP. Entre las funciones del órgano colegiado se encuentra la de valorar las proposiciones, y para ello puede solicitar los informes que considere precisos –art. 22. e) del RLCSP–; sin embargo, esta vía ha sido descartada por el Ayuntamiento desde el momento en que otorga mayor ponderación a los criterios que requieren realizar un juicio de valor. En estos casos el TRLCSP es meridiano cuando en el artículo 160.1 señala que la participación de un comité de expertos o un organismo técnico especializado vincula al órgano competente, en este caso a la Mesa de contratación, a efectos de formular la propuesta de adjudicación. Este Órgano Resolutorio no pone en ningún momento en duda la capacidad técnica de quien efectuó el informe, sino que el diseño de los criterios de adjudicación elegido impedía su participación, porque la norma atribuye esa competencia a un comité de expertos o a un órgano técnico especializado.

En cuanto a las consecuencias de esta decisión, este Órgano Resolutorio en su Resolución 100/2014 ya advirtió que, «(…) Un requisito procedimental esencial necesario para el correcto dictado de la resolución de adjudicación no depende, para su aplicabilidad en un caso concreto, de lo que conste o no en los Pliegos, que no pueden disponer válidamente de tales requisitos, sin que sea aquí procedente la doctrina de que los citados Pliegos rigen la licitación mientras no hayan sido impugnados en tiempo y forma, pues la exigencia de la actuación del comité u organismo viene directamente establecida por el TRLCSP y sus efectos se despliegan sin más durante todo el procedimiento de licitación. La sanción legal de la omisión objeto de análisis es la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP–, establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 TRLCSP). La citada nulidad conlleva la de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 150.2 TRLCSP.»

Debe otorgarse la razón al recurrente cuando afirma que la evaluación de los criterios que requieren un juicio de valor debió realizarse por una comisión de expertos o un órgano técnico especializado.

4.4 OTROS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO

4.4.1 Conflicto de intereses

Resolución 70/2015

No puede soslayarse, por tanto, que en la actuación HIRI DUNAK ha podido haber un claro conflicto de interés entre su papel de examinador objetivo e imparcial y el de colaborador en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados; téngase en cuenta que el informante está emitiendo un juicio sobre una oferta presentada por quien, materialmente, es parte de su propia organización empresarial y productiva, asumiendo dos posiciones entre sí incompatibles: la de perito imparcial y la de socio mercantil del licitador. Por ello, puede haber quedado comprometida la independencia e imparcialidad que exige la elaboración del informe de valoración de las propuestas técnicas.

El hecho de que el poder adjudicador, primero al contratar los servicios de asesoría, después al elaborar los pliegos del contrato sobre el PGOU de la villa, y finalmente al conocer la relación de licitadores, no adoptara ninguna medida alguna para evitar o dar respuesta a la opción posible de que pudiera darse un conflicto de interés, incide en el incumplimiento de su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir, detectar y solucionar tal

situación. Tampoco HIRI DUNAK ejerció acción alguna en el momento en que conoció que uno de los licitadores a los que debía evaluar era URAK BIDE, con quien mantiene una relación de colaboración en la realización de un contrato similar en otro Ayuntamiento.

La acción de evaluación de las propuestas y sus resultados entran dentro de discrecionalidad técnica propia de los informes necesarios para la adjudicación del contrato, sobre los que este Órgano no puede entrar a valorar siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos y son precisamente estos dos últimos aspectos los que se han vulnerado: las actividades preparatorias, en tanto que no se puso en conocimiento del poder adjudicador la existencia de una circunstancia que pudiera contaminar la actuación del asesor, y el principio de igualdad en tanto que se está valorando una oferta efectuada por su personal.

Por todo ello, debe determinarse que se aprecia que entre HIRI DUNAK, entidad encarga de la evaluación de las ofertas, y URAK BIDE, licitador propuesto adjudicatario, se ha suscitado un conflicto de intereses que ha desvirtuado el principio de igualdad de trato entre los licitadores del contrato.

Resolución 18/2015

Por lo que se refiere al «conflicto de intereses» creado por la relación entre el Director de Infraestructuras y la arquitecta redactora del proyecto de la Real Sociedad, debe señalarse que el supuesto de hecho en el que se fundamenta es, en este momento procesal, meramente hipotético. No puede descalificarse «a priori» la intervención de una persona en un procedimiento de adjudicación por un presunto conflicto de intereses con un operador económico que todavía no ha materializado su oferta, por lo que tampoco ha habido lugar a valorarla. En esas circunstancias, es claro que ni el citado conflicto ni el presunto daño que se pretende evitar (la hipotética evaluación tendenciosa de las proposiciones) se han producido aún y es posible, además, que ni siquiera lleguen nunca a producirse. Será dentro del procedimiento de adjudicación cuando, en su caso, los interesados expongan al órgano de contratación su estimación de que la intervención de cierta persona en la evaluación de las ofertas supone una infracción del principio de igualdad de trato de todos los licitadores y, en última instancia, puedan interponer con ese motivo los recursos o alegaciones procedentes. Por otro lado, llama la atención que los recurrentes den por hecho quién es la arquitecta redactora de un proyecto integrado en una oferta aún no presentada y que no se argumente suficientemente el vínculo entre el hecho de que el Director de Infraestructuras y la citada arquitecta intervinieran como peritos en un pleito y la supuesta falta de objetividad del primero en el procedimiento de adjudicación analizado. Por todo ello, este motivo debe también desestimarse.

Resolución 31/2017

Además, en este caso, junto al principio de igualdad de trato se debe añadir la existencia de un posible «conflicto de interés», que no es más que una expresión del principio de igualdad, pero no entre dos licitadores, como expresa el Ayuntamiento de Tolosa en su

informe al recurso, sino entre un miembro del poder adjudicador y el licitador que ha podido recibir u obtener una información privilegiada que contraría el principio de igualdad.

Sobre los «conflictos de intereses» este OARC / KEAO tuvo ocasión de manifestarse en su Resolución 070/2015, donde se decía que el TRLCSP no contiene previsión alguna al respecto, pero que estos conflictos pueden ir en detrimento de los principios de igualdad de trato y transparencia. La citada Resolución hacía mención a que la Directiva 2014/24/UE sí trata la cuestión al afirmar su considerando 16 que «los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses.», y que el artículo 24 de la nueva Directiva de contratación pública prevé que «Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.» Finalmente, la Resolución 070/2015 se hacía eco del contenido de la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (Asunto C-538/13, eVigilo, ECLI:EU:C:2015:166) que concluye diciendo que «el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665/CEE de recursos y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 2004/18/CE no se oponen a que se declare la ilegalidad de la evaluación si se comprueba la existencia de un conflicto de intereses. En estos casos, el poder adjudicador está obligado a tomas medidas adecuadas para prevenir, detectar y poder remedio a estos conflictos, y las autoridades administrativas y judiciales competentes deben tener en cuenta la circunstancia de que una eventual parcialidad de los expertos haya tenido incidencia en la decisión de adjudicación del contrato.

La Directiva 2014/24/UE no ha sido todavía traspuesta al ordenamiento nacional; sin embargo, ante la falta de trasposición tienen efecto directo los artículos que sean claros, precisos e incondicionados[8] . No tiene esta atribución el párrafo 1 del artículo 24 puesto que contiene una encomienda a los Estados para que adopten medidas para prevenir, detectar y solución de modo efectivo los conflictos de intereses; por el contrario, sí tiene efecto directo el párrafo 2 del artículo 24 porque define el contenido mínimo del «conflicto de intereses». Por otra parte, aunque no tiene efecto directo, puede servir como criterio interpretativo el contenido del artículo 57.4 e) de la Directiva que admite la exclusión de un licitador cuando un conflicto de intereses no puede resolverse por medios menos restrictivos, como es el caso.

[8]Ver al respecto el documento denominado «Las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público» aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, que se puede examinar en el siguiente enlace: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf

Del contenido de los documentos relacionados se extrae como conclusión que hay un claro conflicto de intereses entre quien participa en diversas fases del procedimiento de licitación, a destacar la elaboración del informe técnico sobre criterios valorables mediante la emisión de juicios de valor, y quien se ha beneficiado por el conocimiento previo de los pliegos, provisionales o no, del contrato, así como de una información de la que se deduce una posible actuación de un licitador en relación a su oferta económica. El párrafo 2 del artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE es muy amplio al considerar que hay un «conflicto de intereses» cuando « (…) los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación». De la documentación que obra en el expediente queda meridianamente clara la participación de personal del poder adjudicador, el interés personal directo o indirecto en beneficiar a uno de los licitadores y una actuación que compromete su independencia como es la elaboración de un informe en el que se valora con la mayor puntuación a la empresa previamente beneficiada.

Acreditada la existencia de una situación de ventaja y privilegio para uno de los licitadores, la siguiente cuestión estriba en determinar cuál es el alcance de esta infracción en el procedimiento de licitación y su solución.

Resolución 85/2018

El núcleo del debate planteado es si concurre en la entidad JAUREGUIZAR un conflicto de intereses que impida a la unión temporal de empresas en la que se integra la obtención del contrato. A este respecto, es relevante señalar que el recurrente no observa la concurrencia de ninguna prohibición para contratar. En concreto, se denuncia que la empresa JAUREGUIZAR participa de forma indirecta en las decisiones que adopta el Consejo Rector y la Asamblea, como órganos de administración y contratación del poder adjudicador, y el argumento que aporta es el de la coincidencia de su condición de adjudicataria y de administradora única de uno de los propietarios que participan en la Junta de Concertación con representación en la Asamblea y el Consejo Rector. Además, el poder adjudicador manifiesta que es el gestor de una cooperativa de viviendas que, asimismo, participa en la Junta de Concertación como propietario.

Como se ha expuesto en el fundamento jurídico primero al contrato que nos ocupa le es de aplicación el derecho sustantivo del TRLCSP, que no contiene una definición de los conflictos de intereses. No obstante, a la fecha de la publicación del anuncio del procedimiento de adjudicación en el DOUE (23 de diciembre de 2017), la definición de «conflicto de intereses» que figura en el segundo párrafo del artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE ya gozaba de efecto directo;[9] su contenido literal es el siguiente:

[9]Ver el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público» (página 27), elaborado por los órganos y tribunales

> El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Además, se debe tener en cuenta que el artículo 57.4.e) de la Directiva 2014/24/UE, que prevé la exclusión facultativa del licitador del procedimiento de adjudicación cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses, carece de efecto directo porque se trata de una norma que limita el derecho de acceso a las licitaciones y perjudica por tanto a los operadores económicos, por lo que el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. No obstante, los conflictos de intereses que surjan pueden reconducirse como infracciones de los principios generales de la contratación pública, principalmente el principio de igualdad de trato,[10] y aplicando el contenido de la jurisprudencia europea que la Directiva 2014/24 positiviza en buena medida. Dicha jurisprudencia se resume, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2018, asunto T292/15 ECLI:EU:T:2018:103:

- El riesgo de conflicto de intereses ha de ser efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C21/03 y C34/03, EU:C:2005:127, apartados 32 a 36; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C538/07, EU:C:2009:317, apartados 26 a 30, y de 18 de abril de 2007, Deloitte Business Advisory/Comisión, T195/05, EU:T:2007:107, apartado 67).

- El poder adjudicador tiene un deber de diligencia para apreciar y verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C21/03 y C34/03, EU:C:2005:127, apartados 33 y 35; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C538/07, EU:C:2009:317, apartado 30, y de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni y Conzorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, apartado 39). En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C538/13, EU:C:2015:166, apartados 42 y 43).

- La obligación de diligencia implica la de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C269/90, EU:C:1991:438, apartado 14; de 6 de noviembre de 2008, Países Bajos/Comisión, C405/07 P,

---

de recursos contractuales y disponible en el siguiente enlace: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf.

[10]Ver el documento citado en la nota anterior, páginas 26, 27, 38 y 39.

EU:C:2008:613, apartado 56, y de 9 de septiembre de 2011, Dow AgroSciences y otros/ Comisión, T475/07, EU:T:2011:445, apartado 154).

- Aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia (véase la sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T415/10, EU:T:2013:141, apartados 116 y 117).

Consecuentemente, la mera constatación de un conflicto de intereses no obliga a excluir la oferta sino que hay que probar que ha habido una infracción de un principio de la contratación como el principio de igualdad de trato o de transparencia o probar que se ha influido en la decisión controvertida. Ello significa que la situación de conflicto ha de ser real, no hipotética, y que la medida que se adopte debe ser proporcionada (ver el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE).

En relación con los conflictos de intereses este OARC/KEAO se ha pronunciado en diversas ocasiones. Así, en la Resolución 070/2015 aprecia la concurrencia de un claro conflicto de interés entre quien por encargo del poder adjudicador ejerce de examinador objetivo e imparcial de las ofertas y además colabora en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados y en su Resolución 31/2017 en el funcionario del poder adjudicador que participando en diversas fases del procedimiento de adjudicación, a destacar en la elaboración del informe técnico sobre criterios valorables mediante la emisión de juicios de valor, se constata que ha facilitado información a la empresa adjudicataria. En ambos pronunciamientos en el expediente de recurso especial existe constancia de que nos hallamos ante situaciones reales de conflicto de intereses.

En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, los datos relevantes aportados en parte por el recurrente y sobre todo por el poder adjudicador referidos a las relaciones existentes entre JAUREGUIZAR y los propietarios participantes en la Junta de Concertación y, por consiguiente, en la Asamblea General que, conforme a sus estatutos (art. 7) es el órgano de contratación del poder adjudicador, son los siguientes:

- SOCIEDAD MARGEN DERECHA, S.L, en cuyo capital social participa JAUREGUIZAR, ostenta una cuota de participación del 11,6477 % en la Junta de Concertación.
- D. G.S.B.es el representante físico de SOCIEDAD MARGEN DERECHA, S.L en la Junta de Concertación y, según alega el recurrente y no se desmiente en las alegaciones de la UTE adjudicataria, es consejero de JAUREGUIZAR.
- El poder adjudicador señala en su informe que JAUREGUIZAR ejerce la función de gestor de la Cooperativa VICEZORROZAURRE, S.COOP., que tiene una cuota de participación en la Junta de Concertación de 8,4484%.

Para que esta situación suponga un verdadero conflicto de intereses hace falta que se haya influido indebidamente en la decisión de adjudicación del contrato o bien se haya conculcado el principio de igualdad de trato entre los licitadores, siendo para ello procedente resaltar los

siguientes extremos que figuran en el expediente de contratación remitido:

- En sesión de fecha 25 de enero de 2017 se reúne la Asamblea General de la Junta de Concertación, en la que participan D.G.S.B y D. M.S.B., en la que, entre otros acuerdos, adoptan el de (…) iniciar la licitación de las obras de urbanización de la Fase A de la Unidad de Ejecución 1, así como el de Facultar al Presidente y/o gerente para la formalización de los documentos necesarios para llevar a cabo el acuerdo.

- El anuncio de procedimiento de adjudicación se publica en el DOUE de fecha 23 de diciembre de 2017.

- Conforme al art. 6 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) la Mesa de contratación está constituida por el Gerente de la JUNTA (que actuará como presidente), el arquitecto de la Comisión Gestora de Zorrotzaurre (que actuará como vocal) y el Secretario de la Junta (que actuará como Secretario de la Mesa).

- El 20 de marzo de 2018 el Secretario de la Junta emite Informe sobre la validez de la oferta de JAUREGUIZAR promoción y gestión inmobiliaria, S.L. en unión con VIUDA DE SAIZ, S.A. y LURGOIEN, S.A.U. en el concurso para la ejecución de las obras de la FASE A de la unidad de ejecución 1 del Área integrada 1 de Zorrotzaurre.

- El informe de valoración de las diversas ofertas contractuales, suscrito por el arquitecto de la Comisión Gestora, es emitido con fecha 23 de marzo de 2018.

- Con fecha 16 de abril de 2018 se reúne el Consejo Rector, al que asisten D. M.S.B. y D. G.S.B., que se ausentan en el momento del debate y aprobación de la propuesta de adjudicación del contrato.

- Con fecha 16 de abril de 2018 se reúne la Asamblea General de la Junta de Concertación, al que asisten D. M.S.B. y D. G.S.B., que se ausentan en el momento del debate y aprobación de la adjudicación del contrato

Del examen del recurso, del expediente de contratación remitido y de la oferta de la UTE adjudicataria bajo el prisma de la doctrina sobre conflicto de intereses anteriormente expuesta este OARC/KEAO considera que el recurso ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- La denuncia del recurrente únicamente se basa en la circunstancia de que la misma persona física participa en los órganos de administración y decisión de la Junta de Concertación y en el órgano de administración de una de las sociedades de capital adjudicatarias del contrato, además de que esta última mercantil tiene intereses económicos en la Junta de concertación por participar en el capital social de uno de los propietarios y ser el gestor de una cooperativa que también es propietaria. Sin embargo, en el recurso no se aporta indicio o prueba alguna de que esta situación, que implica únicamente la posibilidad de que exista un riesgo de conflicto de intereses, haya supuesto una infracción real del principio de transparencia o del de igualdad de trato o se haya falseado la competencia, lo que convierte en especialmente desproporcionada la pretensión de excluir al adjudicatario.

- En particular, el recurrente, que critica ahora el formalismo de los criterios de adjudicación pero que en su momento no recurrió las bases de la licitación, tampoco aporta en su recurso argumento alguno tendente a concluir que el establecimiento de alguna concreta prescripción técnica o de unos concretos criterios de selección cualitativa haya resultado especialmente beneficioso para la adjudicataria. Por el contrario, se observa por parte de este OARC/KEAO que los requisitos de solvencia económica y financiera y técnica solicitados consisten en la presentación de una determinada clasificación de contratista, obligatoria para esta clase de obras y cuya fijación se regula reglamentariamente.

- En lo concerniente a los criterios de adjudicación, el recurso plantea que la ventaja competitiva asignada por los pliegos al recurrente se halla en el criterio de adjudicación «Memoria justificativa del estudio y análisis de las obras a ejecutar» ya que considera que es imposible que cualquier otra empresa tenga un conocimiento más profundo del objeto del contrato que aquella que participa en el Consejo Rector y en la Asamblea. No obstante, analizado el informe de valoración, se observa que en este criterio secundario a la oferta de la UTE adjudicataria se le otorgan 13 puntos de un total de 14 y a la recurrente 11 puntos (es decir, 2 puntos menos), existiendo dos ofertas más que obtienen 12,5 puntos (UTE VICONSA/ CYCASA y UTE BYCAN/ALTUNA Y URÍA) y otra más que obtiene 12 puntos (UTE SACYR/ GAIMAZ/INTXAUSTI), de lo que se concluye que dicho criterio no ha servido para destacar o beneficiar de forma significativa la oferta de la adjudicataria, habida cuenta además de que la ventaja global de esta última sobre la de la recurrente es de 3,2 puntos.

- El que la oferta de la UTE adjudicataria sea casi 1.000.000 más cara que la de la recurrente es una consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, en especial del correspondiente a la fórmula del precio, y a su ponderación, fijados en los pliegos y que, como ya se ha dicho, no fueron impugnados en su momento (ni en el recurso); además, no es un resultado anómalo, sino uno de los posibles cuando se utilizan varios criterios de adjudicación junto con el precio más bajo.

- En el recurso no se alega, más allá de una mención genérica a un posible conocimiento de los pliegos y de la composición de la mesa de contratación y de la posible influencia sobre los profesionales que participan en el procedimiento de adjudicación, ninguna actuación concreta que haya infringido el principio de transparencia o el de igualdad de los licitadores. En particular, en el expediente remitido no consta que los órganos de gobierno aprobaran los pliegos por lo que no pudieron tener conocimiento previo de los mismos. Por otra parte, la recurrente tampoco apreció en su día que no dispusiera del plazo suficiente para la redacción de la correspondiente oferta y según señala el poder adjudicador nos hallamos ante una obra ordinaria de urbanización que no goza de singularidad alguna respecto de otros proyectos similares.

- La adopción de las decisiones relevantes en el contrato las realiza bien el Consejo Rector, bien la Asamblea, y en ninguno de dichos órganos las empresas que puedan tener interés en la oferta de la empresa JAUREGUIZAR ostentan una posición determinante para influir en la decisión final. En concreto, en el Consejo Rector, el presidente y cuatro de sus seis vocales son nombrados por administraciones públicas o sector público asociado a las mismas, y en la Asamblea General el 63,2699 por ciento de las participaciones pertenecen a administraciones públicas o sector público asociado a las mismas. Tampoco se acredita

que las citadas empresas hayan tenido una influencia determinante en dichas decisiones mediante otro cauce distinto que su peso relativo en los órganos del poder adjudicador.

- No resulta una conducta leal con el poder adjudicador la del propietario que teniendo intereses en una empresa que va a participar en el procedimiento de adjudicación no se lo comunica a la entidad antes presentarla. Sin embargo, se observa que el poder adjudicador adopta una conducta activa, elabora un informe para determinar si hay o no un riesgo real para la igualdad de trato y la libre competencia y propone medidas activas para evitarlo, en concreto, la abstención en el acuerdo de adjudicación de las personas implicadas. Teniendo en cuenta esta actitud de la Junta, así como la ya mencionada ausencia de indicios probatorios de la influencia efectiva de la empresa en la adjudicación, sería desproporcionado acceder a la pretensión del recurrente.

4.4.2 Aplicación de la Ley 30/1992 (Ley 39/2015)

Resolución 3/2015

Como cuestión previa, es preciso señalar que no puede admitirse la alegación de DIPC sobre su carácter de fundación de derecho privado a la que no le es de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Debe recordarse que en los contratos sujetos a regulación armonizada de poderes adjudicadores que no tienen el carácter de administración pública los procedimientos de adjudicación se rigen, con las excepciones previstas en el artículo 190 del TRLCSP, por las mismas normas que los contratos de las Administraciones Públicas –artículos 138 a 188 del TRLCSP–, y que el apartado 1. de la disposición final tercera del TRLCSP prevé que «Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.» Ley que es aplicable salvo en aquellos aspectos que la propia naturaleza del poder adjudicador lo impida (Este Órgano Resolutorio se ha posicionado en este sentido en su Resolución 50/2014).

4.4.3 Plazos legales del procedimiento

Resolución 101/2016

Por lo que se refiere a la suspensión del procedimiento de adjudicación, este OARC / KEAO entiende que no es aceptable. El artículo 151.2 TRLCSP establece que «El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar

o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente»; este mismo plazo es el que recoge la cláusula 13ª del PCEA. Se trata de una norma imperativa y referida al procedimiento de adjudicación, por lo que es indisponible para el órgano de contratación, que no puede alterarla mediante una prescripción de los pliegos que le conceda esa facultad. No es aquí aplicable el principio de libertad de pactos del artículo 25.1 TRLCSP porque la cláusula debatida no se refiere al contenido del contrato (es decir, no es una condición suspensiva sobre obligaciones contractuales, que no han nacido), ámbito objetivo de dicho principio, sino al procedimiento de adjudicación, en el que el margen de actuación del órgano de contratación se reduce a los aspectos que el propio TRLCSP declara disponibles, margen que en el caso analizado no existe. Por otro lado, el ejercicio de la facultad unilateral se condiciona al retraso en la suscripción de los convenios de financiación, sin matización alguna sobre la responsabilidad o culpabilidad de dicho retraso, que puede ser también atribuible al poder adjudicador o al Municipio que lo tutela, lo que puede resultar en una actuación arbitraria.

5. PLIEGOS DEL CONTRATO

5.1. CUESTIONES GENERALES

5.1.1 Correcta definición del objeto

Resolución 18/2015

Debe señalarse que, en este caso, la elección razonada de una u otra figura jurídica y la justificación de su idoneidad para el cumplimiento del interés público y de la misma viabilidad de la concesión es una cuestión capital, no solo por imperativo del citado artículo 22.1 TRLCSP, sino porque afecta a principios fundamentales de la contratación cuyo cumplimiento no se ha acreditado. Sin embargo, no hay en el expediente justificación que explique por qué la obra se ha ligado a la explotación sabiendo que ello favorece claramente a un licitador, no solo potencial, sino más que previsible. Además, la falta de una adecuada documentación preparatoria también infringe el principio de transparencia, pues no facilita a las empresas el trabajo de elaboración de las proposiciones, en contradicción con el carácter colaborativo del negocio concesional. Debe recordarse que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato, ésta no es ilimitada, y debe respetar, entre otras cosas, el deber de motivación establecido en el artículo 22.1 TRLCSP y la normativa aplicable.

Resolución 41/2015

Debe partirse de la base que, salvado el contenido mínimo legal de la documentación contractual, ni la más rigurosa interpretación del principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) o de la exigencia de correcta determinación del objeto del contrato (artículo 86.1 TRLCSP) exigen que los pliegos contengan una solución precisa, predeterminada, clara y unívoca para cualquier posible incidencia que pueda producirse en la ejecución del contrato, pues tales incidencias también pueden resolverse, en el caso de que la regulación de los pliegos sea insuficiente, mediante los medios de integración de las lagunas del contrato legalmente previstos (artículo 19.2 TRLCSP) y teniendo en cuenta las facultades de interpretación unilateral y aclaración de dudas que asiste al órgano de contratación (artículo 210 TRLCSP). Solo si el contenido de los pliegos fuera tan parco o tan confuso que se pusieran en peligro la correcta fijación del objeto del contrato o de las obligaciones esenciales de las partes u otros principios básicos de la contratación pública podría producirse un vicio de invalidez; fuera de estos casos, la falta de prescripciones concretas para afrontar supuestos hipotéticos que puedan ocurrir en la ejecución del contrato solo puede, como mucho, merecer un reproche por utilizarse una técnica jurídica deficiente, lo cual no es, por sí solo, una infracción del Ordenamiento jurídico.

Sentada la premisa anterior, debe añadirse que no se va a entrar a analizar si las soluciones propuestas por el informe del poder adjudicador son o no las más adecuadas, pues no puede

este OARC / KEAO usurpar las funciones de interpretación del contrato que corresponden al órgano de contratación una vez esté vigente la relación contractual, ni tampoco es su competencia resolver cuestiones relativas a la ejecución del contrato, especialmente si se formulan como meras hipótesis. En cambio, sí le corresponde determinar, en congruencia con el recurso planteado, si existe la inconcreción denunciada en la cláusula 4.2 b) y, en su caso, si es merecedora de sanción de invalidez. En este sentido, este OARC / KEAO estima que ninguna de las dudas planteadas por el recurso es de tal calibre que no pueda ser resuelta sin dificultad mediante la aplicación de la documentación contractual y, en su caso, de la legislación y principios en los que el contrato se integra y que componen su régimen jurídico (cláusula 3 del PCAP), sin que se aprecie en los pliegos carencia al respecto.

Resolución 52/2015

El recurrente alega que el objeto del contrato impugnado duplica el de otro contrato anterior del que es parte, aunque este último hubiera sido adjudicado por un poder adjudicador distinto, la Administración de la CAE. En el caso de que VISESA se propusiera adjudicar un contrato cuyo objeto es idéntico al de otro vigente y parcialmente pendiente de ejecución, podría existir una infracción del TRLCSP, que sostiene el principio de que los contratos a él sujetos deben tener como finalidad el interés general, que debe acreditarse concretamente para cada uno de ellos (artículos 1 y 22.1 TRLCSP). En este sentido, es claro que, por amplia que sea la discrecionalidad que asiste al poder adjudicador para determinar el modo más idóneo de satisfacer dicho interés (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO), nunca ampararía la duplicidad de objeto, porque ello significaría una doble asignación de recursos públicos para atender la misma necesidad, ni la existencia de dos contratos con objetos incompatibles, que implicaría incertidumbre sobre su ejecución.

Los dos contratos comparados se refieren a un mismo espacio físico y urbanístico (la parcela 2, UE 130.02, de Arangoiti, en Bilbao), pero ello no implica, por sí solo, identidad del objeto, pues es connatural a los proyectos urbanísticos la posibilidad de que sean variados y que cada uno de ellos ofrezca soluciones diversas para un mismo lugar físico. Las prestaciones contratadas incluyen la redacción de proyecto básico y proyecto de ejecución (contrato con la Administración de la CAE) y la redacción del proyecto de ejecución (contrato de VISESA), por lo que adjudicar el contrato impugnado supondría la existencia de dos proyectos de ejecución relativos a la misma parcela; como bien explica el poder adjudicador y claramente se deduce de la documentación de ambos expedientes de contratación, ambos proyectos se refieren a proyectos básicos distintos y a la intención de VISESA de llevar adelante la promoción bajo parámetros diferentes de los previstos en el proyecto básico elaborado por la recurrente.

Por otro lado, los dos contratos incluyen la dirección facultativa (contrato con la Administración de la CAE) y la dirección e inspección (contrato con VISESA) de la obra que, en su día, se adjudique. En este caso, si bien se trata de prestaciones distintas, pues se referirían, en cada caso, a la obra de uno u otro proyecto, solo sería materialmente posible ejecutar una de ellas, pues ambas implican modificar el mismo espacio; estando vigente el contrato con la Administración de la CAE y una vez perfeccionado el de VISESA, podrían llegar a existir dos contratos vigentes para cuya finalización sería necesario efectuar trabajos de dirección de dos obras excluyentes, ya que si se realiza la de un contrato sería inviable realizar la del

otro, siendo todo ello contradictorio con la correcta determinación e idoneidad del objeto contractual. El buen fin del contrato impugnado requiere, pues, que previamente a su licitación se descarte formalmente que se vaya a llevar a cabo la obra correspondiente al proyecto elaborado en virtud del contrato de la Administración de la CAE. De la documentación aportada no se deduce que se haya efectuado ese descarte mediante la resolución o modificación del contrato u otra actuación competencia del órgano de contratación. Por el contrario, sí consta que el contrato impugnado responde a una actuación que VISESA debe acometer en virtud del contrato programa suscrito con el departamento de Empleo y Políticas Sociales. En dicho documento no figura que el departamento tenga intención de desistir de su proyecto inicial, sino que parece encargar la promoción con arreglo a él, pues, como reconoce la propia VISESA, solo posteriormente la sociedad decidió afrontar la promoción en términos diferentes porque «…no coincidía con los objetivos de promoción que pretende realizar VISESA…» Consecuentemente, la adjudicación y formalización del contrato recurrido implicaría la adquisición de una prestación (la dirección e inspección de la obra) cuya ejecución es materialmente incompatible con otra prestación que es objeto de otro contrato vigente, con la incertidumbre que ello supone para los efectos del contrato y, por extensión, para la correcta definición del alcance e idoneidad de su objeto. Por todo ello, debe estimarse parcialmente el recurso y anular los pliegos de la licitación para que, en su caso, el procedimiento de adjudicación se reinicie una vez garantizada la viabilidad de la ejecución de todas las prestaciones contractuales en los términos señalados en el presente fundamento jurídico.

Resolución 84/2017

Por afectar a la totalidad de los Pliegos impugnados, debe analizarse primero el reproche basado en que dichos documentos contractuales alteran sustancialmente el contenido de los que rigieron la licitación de 2015, sin causa alguna que lo justifique. Como bien señala el poder adjudicador, los pliegos que ahora se impugnan rigen un nuevo procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato, y el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad para configurar su objeto y clausulado de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés público. El recurrente se limita a denunciar que los pliegos contienen importantes variaciones respecto a su antecedente más inmediato, pero, más allá de esa circunstancia (y de ciertos errores puramente materiales), no ha señalado ninguna infracción de los límites de dicha discrecionalidad (fondo parcialmente reglado, principios generales del Derecho…), más allá de la mención a los colectores desechables, que no acredita que el poder adjudicador no haya actuado dentro de su libertad para la configuración del contrato ni que la prescripción se haya insertado en perjuicio o beneficio arbitrario de algún licitador o tipo de licitador. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

Resolución 40/2018

De acuerdo con el artículo 86.1 del TRLCSP, el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado; en el mismo sentido, el artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) establece que no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a

resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración, salvo lo establecido legalmente para los contratos mixtos de redacción de proyecto y ejecución de obra y para el contrato de suministros de tracto sucesivo. A juicio de este OARC / KEAO, el citado apartado 5.12 del PPT infringe este principio al dejar la fijación de una parte del alcance de la prestación pendiente de actuaciones posteriores a la adjudicación, siendo indiferente que tales actuaciones sean del órgano de contratación o pactadas con el contratista; de las citadas actuaciones pudiera resultar un incremento o disminución del volumen de trabajo del contratista, lo que, entre otras cosas, también implica que los potenciales licitadores desconozcan un factor importante que podría condicionar el contenido de sus proposiciones, siendo irrelevante a estos efectos que las variaciones derivadas del inventario tengan o no repercusión económica o que el recurrente conozca el estado del inventario por ser el actual prestador del servicio, pues ello no obsta para que la obligación de determinar correctamente el objeto del contrato corresponda solo al poder adjudicador. Como bien señala el recurrente, las mencionadas variaciones pueden, en su caso, introducirse desde el principio en los pliegos como modificaciones contractuales previstas, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 106 del TRLCSP (en la Ley 9/2017, de contratos del sector público, ver el artículo 204 LCSP), opción que el órgano de contratación no ha tomado; así, el apartado 18.1 de la carátula del PCAP se refiere a la modificación que permitiría ampliar el contrato a los equipos adquiridos por Osakidetza durante la vigencia del contrato, y no a los que podrían «aparecer» después de actualizar el inventario. Por todo ello, el recurso debe estimarse en el sentido de anular el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT en tanto establece que el alcance definitivo del objeto contractual depende de un inventario posterior a la adjudicación. En cambio, debe desestimarse la posibilidad de anular el resto del apartado 5.12 del PPT y los dos primeros párrafos del apartado 5.12.1 del PPT porque únicamente establecen la obligación del contratista de realizar dicho inventario, lo cual no es en sí mismo, y por sí solo, contrario al principio de determinación del objeto del contrato.

5.1.2 Contrato mixto

Resolución 18/2015

En un contrato mixto hay prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase (artículo 12 TRLCSP), y todas ellas están amalgamadas en el mismo contrato pero siendo reconocible su naturaleza, incluso aunque algunas de ellas sean accesorias respecto a la que constituye su objeto principal. En el caso analizado las prestaciones que son objeto del contrato no tienen ninguna independencia conceptual porque están ligadas entre ellas por el equilibrio económico propio de la figura de la concesión, no son prestaciones independientes sino contraprestaciones unas de otras, tanto en el sentido jurídico como en el financiero; así, es claro que la inversión que el contratista vaya a realizar para la elaboración de los proyectos y la ejecución de las obras supone un esfuerzo económico que espera inferior al rendimiento que habrá de obtener mediante la explotación del Estadio contra pago de un canon.

5.1.3 División en lotes

Resolución 41/2105

La división en lotes es una excepción a la prohibición de fraccionamiento del objeto del contrato contenida en el artículo 86.2 TRLCSP. El artículo 86.3 TRLCSP establece que la posibilidad de dividir y adjudicar un contrato por lotes está supeditada a que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y a que constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. La doctrina de los órganos de recursos contractuales reconoce la discrecionalidad que asiste a los poderes adjudicadores para adoptar la decisión de dividir o no el contrato en lotes y, en su caso, para configurar dichos lotes de una u otra forma. En esa valoración discrecional, el órgano de contratación debe ponderar el beneficio que para la concurrencia y la salvaguarda de la libre competencia supone la máxima división posible en lotes, ya que, una vez cumplido el criterio legal de uso independiente y unidad funcional, se permite la licitación de cualquier empresa que pueda ofertar al menos una pequeña parte de la prestación objeto del contrato. No obstante, también deben tenerse en cuenta otros factores que pueden aconsejar la no división aunque ésta sea técnicamente posible, como, por ejemplo, la mayor facilidad en la adjudicación del contrato cuando no hay lotes diferentes que valorar, la mejora en la eficacia y eficiencia en la ejecución y gestión del contrato si la Administración tiene un único interlocutor o el aprovechamiento de las economías de escala. Por lo tanto, «es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios –eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte– lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes» (Resolución 927/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC); ver también todas las que cita, como las Resoluciones del TACRC 227/2012 y 220/2012). A partir de la consideración de que la configuración por lotes es una potestad discrecional del órgano de contratación, este OARC / KEAO únicamente podría declarar la invalidez de la decisión que al respecto ha adoptado el poder adjudicador si observara una infracción del fondo parcialmente reglado de dicha potestad, constituido por el artículo 86.3 TRLCSP, que consagra el principio de unidad funcional y uso independiente, o si comprobara que la configuración elegida carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores. A la vista del expediente, no hay motivo para apreciar que concurra en este caso ninguna de estas infracciones. El poder adjudicador ha dividido el contrato en tres lotes distintos, los cuales a su vez incluyen productos de talla o capacidad de absorción diferentes; cada uno de los lotes agrupa absorbentes con características técnicas análogas fácilmente identificables (absorbentes rectangulares, anatómicos y elásticos, respectivamente), por lo que no puede afirmarse, desde ese punto de vista, que sea una agrupación caprichosa o arbitraria. Por otro lado, es claro que también se cumple la exigencia de funcionalidad separada y que los criterios de facilidad en la valoración de las proposiciones y en la gestión del contrato que alega el órgano de contratación son perfectamente atendibles y coherentes con los principios generales recogidos en el artículo 1 TRLCSP, en particular, los de eficacia y eficiencia. Tampoco es aceptable la alegación de que sea contrario a la concurrencia incluir en la prestación la distribución de los productos, pues es evidente que se trata de una exigencia coherente con el objeto y la finalidad del contrato.

Llegados a este punto, hay que señalar que no es aceptable la demanda de permitir la licitación por cada uno de los productos (es decir, que cada producto constituya un lote), y ello porque la configuración del contrato es una competencia del órgano de contratación cuyo ejercicio, una vez que se ha comprobado que tal configuración no es arbitraria, no puede verse impedido por las exigencias de las empresas interesadas, que no tienen un derecho absoluto a que la documentación contractual les sea favorable.

Resolución 17/2018

Como acertadamente pone de manifiesto el poder adjudicador, la LCSP entra en vigor el próximo 9 de marzo de 2018 (ver su Disposición final decimosexta) por lo que su art. 99.3, alegado por el recurrente, no es aplicable al caso. En lo que concerniente al TRLCSP, norma aplicable, el régimen de la división del contrato en lotes contenido fundamentalmente en el artículo 86.3 debe entenderse parcialmente desplazado en aspectos esenciales por el contenido del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE (que se incorpora a nuestro Ordenamiento en los apartados 3 y siguientes del artículo 99 de la LCSP). Sin embargo, este precepto de la Directiva, en sus apartados 1 y 2, relevantes para la resolución de la cuestión planteada, reúne los requisitos necesarios para desplegar efecto directo, por lo que es la norma que debe tenerse en cuenta para resolver la impugnación.[11]

Sobre la interpretación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, este OARC/KEAO se ha pronunciado en su Resolución 8/2018, en los siguientes términos:

> El artículo 46 de la Directiva 2014/24 establece que, si bien «los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes», por otro lado señala también que «los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes». De esta redacción se deduce que la decisión de dividir o no un contrato en lotes es parte de la facultad del órgano de contratación para fijar discrecionalmente el contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2016, 84/2017 y, especialmente, 41/2015 del OARC / KEAO), y que su ejercicio solo exige la constancia de una motivación expresa si la decisión es no dividir. (…) Esta conclusión se refuerza por el Considerando 78 de la Directiva 2014/24, que indica que «la magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador» y que éste «debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial.» Esta última mención no debe entenderse como una patente de inmunidad absoluta frente al control jurídico, pero sí como una advertencia de que dicho control no puede entrar a valorar las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, ámbito que se identifica sustancialmente con el

[11]Ver, el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos», disponible en el siguiente enlace: http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf.

> llamado «núcleo material de la decisión» de la discrecionalidad técnica (ver, por todas, la Resolución 99/2017 del OARC / KEAO).

Resolución 74/2018

En el recurso se aportan dos argumentos para concluir que se traspasa el límite de la discrecionalidad técnica en la división del objeto del contrato en lotes que no pueden ser aceptadas. En primer lugar, se alega de forma genérica que el contenido del lote 1 (bombas volumétricas y de jeringa), impide la presentación de oferta a licitadores que dispongan únicamente de las primeras, pero no acredita que esta configuración del contrato haya sido efectuada en perjuicio o beneficio arbitrario de algún licitador o tipo de licitador ni que con ella se esté restringiendo injustificadamente la competencia. A este respecto, debe tenerse presente que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos. En segundo lugar, opone su justificación técnica u organizativa a la del órgano de contratación, lo cual no es aceptable por pretender sustituir las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, que es quien tiene que satisfacer las necesidades de interés general a cuya consecución obedece el contrato, por las aducidas por el recurrente.

5.1.4 Penalidades

Resolución 76/2015

Se impugna la cláusula 18 del PCAP, cuyo primer párrafo establece lo siguiente:

> Sin perjuicio del régimen sancionador que pudiera derivar de la aplicación de la legislación vigente en materia de contratos del sector público, el incumplimiento por el contratista de las condiciones y obligaciones del Pliego llevará aparejada la imposición de sanciones económicas que podrán alcanzar la cantidad del 5 por 100 de la mensualidad por cada infracción. Corresponderá su graduación a la Junta de Gobierno Local atendidas las circunstancias de la misma, tales como la repercusión en el servicio, reincidencia, mayor o menor culpabilidad del contratista, etc.

En primer lugar, hay que señalar que no es oportuna la mención del recurrente al principio de tipicidad recogido en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, pues aunque es básico para limitar la potestad sancionadora de la Administración, no es aplicable a las penalidades impuestas a los contratistas en virtud de la relación contractual entre ellos y el poder adjudicador, como señala claramente la Disposición Adicional Octava de la citada norma –ver también el informe 6/2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y la jurisprudencia que en él se cita–. Sin embargo, que este principio no sea aplicable no significa que el establecimiento de penalidades en los pliegos pueda ser indeterminada o genérica en lo que se refiere a las conductas o hechos que las originan o

en cuanto a su misma apreciación. El artículo 212.1 TRLCSP establece que «los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.» A juicio de este OARC / KEAO, la posibilidad de establecer penalidades que ofrece el artículo 212.1 TRLCSP debe entenderse supeditada a que los pliegos concreten, aunque sea en términos más o menos amplios, los supuestos de cumplimiento defectuoso a los que el precepto solo se refiere genéricamente. Entender lo contrario facilitaría al poder adjudicador la posibilidad de actuar arbitrariamente en perjuicio del principio de igualdad de trato –artículo 1 TRLCSP– con base en una cláusula que le da libertad incondicionada para imponer sanciones por cualquier incumplimiento contractual y que, por el contrario, no le vincula en nada para la fijación de los supuestos específicos de incumplimiento, aunque sí en el importe máximo de la sanción y en los criterios de graduación. En este sentido, la jurisprudencia europea ya ha recordado que el principio de igualdad de trato se extiende también a la ejecución del contrato –sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99–. Consecuentemente, la cláusula debe ser anulada.

Resolución 64/2017

La cláusula impugnada está prevista en el apartado 14 de la carátula del PCAP, titulado «Penalidades», y su contenido es el siguiente:

> En caso de que situaciones de huelga legal del sector del transporte sanitario impliquen una minoración significativa (igual o superior a un 30% del volumen diario) del número de servicios efectivamente realizados sobre los inicialmente previstos, al final del ejercicio se procederá a descontar del canon mensual, previa audiencia a la contratista, la parte proporcional correspondiente a los servicios dejados de prestar. Límite máximo de la posible disminución del canon global anual (con motivo de la aplicación de este apartado): 40% del importe de adjudicación (aplicadas las revisiones correspondientes).

A juicio de este OARC / KEAO, esta estipulación (que en realidad no es una penalidad aunque se le califique así en los pliegos) procura que el contratista solo perciba el precio correspondiente a los servicios que efectivamente ha prestado, que es el único precio al que tiene derecho (ver, por ejemplo, el artículo 216.1 del TRLCSP, que habla de «prestación realizada», o el artículo 199.1 RGLCAP, que habla de «trabajos realmente ejecutados»). Dado que el precio del contrato se fija por tanto alzado con facturación mensual, y no por precios unitarios que remuneran cada traslado, la cláusula trata de modular la repercusión en ese precio global del incumplimiento de una parte significativa de los servicios inicialmente previstos cuando la situación esté provocada por una huelga legal. La pretensión del recurrente se basa en que la estipulación es contraria al derecho de huelga, lo que no es cierto, pues para nada se impide o limita dicho derecho; únicamente se trata de que el empresario no pueda enriquecerse ilegítimamente percibiendo una retribución que no se corresponde con la prestación efectiva de todos los servicios pactados. El hecho de que la

falta de prestación se deba a una huelga no altera esta conclusión, pues no es una razón que se pueda oponer válidamente frente al poder adjudicador para cobrar como si el contrato se hubiera ejecutado normalmente (ver, por ejemplo, el informe 60/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuyas conclusiones se comparten por este OARC / KEAO).

Resolución 118/2017

El análisis de la pretensión debe comenzar por la determinación de la naturaleza de la estipulación, con independencia de que los pliegos la califiquen como cláusula penal al amparo del artículo 212 TRLCSP. Las cláusulas penales tienen un carácter fundamentalmente coercitivo (es decir, la finalidad es estimular el correcto cumplimiento del contrato), por lo que no es su misión procurar el resarcimiento de la Administración por los daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista le hubiera causado. En esta línea, el artículo 100 TRLCSP, que se refiere a las obligaciones a cuyo cumplimiento están afectas las garantías, distingue entre las cantidades debidas por penalidades y las devengadas como indemnización de daños y perjuicios; aún más expresivo es el artículo 99.2 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que «la aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.» Consecuentemente, no debe aplicarse el artículo 212 TRLCSP a estipulaciones que no tienen la naturaleza de cláusula penal, sino que buscan una función indemnizatoria. Esta última es, a juicio de este OARC / KEAO, la finalidad fundamental de la cláusula impugnada, pues se trata de repercutir al contratista el coste de adquirir a un tercero la prestación objeto del contrato cuando no la ha entregado correctamente y ello causa un problema de desabastecimiento a la Administración; es decir, el órgano de contratación ejecuta «subsidiariamente» la prestación contratada y ello le genera un gasto que traslada al adjudicatario.

5.1.5 Requisitos de las modificaciones previstas

Resolución 104/2015

Uno de los recursos plantea que los pliegos contienen tres posibilidades de modificación contractual que incumplen la legislación contractual bien sea porque contradicen el artículo 106 TRLCSP, o porque se infringen los principios de precio cierto y de que la ejecución del contrato no puede someterse a indicaciones posteriores a su celebración. Debe recordarse que el artículo 106 TRLCSP recoge la posibilidad de que los contratos del sector público puedan modificarse si así lo prevén los pliegos o el anuncio de licitación; dicha posibilidad está condicionada, en síntesis, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en las que podrá modificarse el contrato, definiéndose los supuestos que autorizan la modificación por referencia a circunstancias que puedan verificarse objetivamente; así, las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente para permitir a los

licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de requisitos de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

- El señalamiento del alcance y límite de las modificaciones que puedan acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar.

- El procedimiento que haya de seguirse para ello.

Con independencia de lo que se dirá para cada una de las concretas cláusulas impugnadas, puede adelantarse que ninguna de ellas cumple el requisito de indicar expresamente el porcentaje del precio al que, como máximo, pueden afectar. En este sentido, no es suficiente el apartado 21 de la carátula del PCAP, que incluye dentro del valor estimado del contrato modificaciones cuantificadas en un porcentaje del 20% del presupuesto inicial del contrato, y ello por dos razones: la primera, que el propio apartado especifica que dicho porcentaje obedece a «aquellas posibles modificaciones contractuales que puedan producirse por una variación de la actividad prevista por esta organización de servicios», supuesto de modificación que no solo no se corresponde con ninguno de los tres que ahora van a analizarse, sino que ni siquiera está previsto en ningún otro punto de los pliegos o el anuncio. En segundo lugar, no puede confundirse el mandato del artículo 88.1 TRLCSP de incluir en el importe del valor estimado de las modificaciones contractuales previstas, con el del artículo 106 TRLCSP de indicar el porcentaje del precio al que éstas pueden afectar, pues los conceptos valor estimado y precio son distintos y obedecen a funcionalidades distintas. Así, el valor estimado despliega sus efectos en el procedimiento de adjudicación y representa el volumen máximo de negocio que el contrato puede representar para el potencial contratista, tiene como finalidad básica definir el procedimiento y el ámbito de publicidad aplicable en razón de la cuantía del contrato y sirve también para informar adecuadamente a los operadores del mercado sobre la importancia económica de la licitación para que éstos decidan si les interesa o no presentar una oferta, a la vista de la importancia económica del contrato (ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/1/2007, asunto C-220/05, y el informe 26/2008 de la JCCAE); una de las características del valor estimado es que su importe tiene el carácter de máximo, de modo que es perfectamente posible que las retribuciones del contratista por la ejecución del contrato sean finalmente menores (porque no se han dado los supuestos que autorizan las modificaciones previstas, o porque no se ha prorrogado el periodo de vigencia inicial, p.ej.). Por el contrario, el precio es un elemento esencial del contrato ya perfeccionado y representa la remuneración que debe percibir el adjudicatario en correspondencia con la prestación que vaya a realizar; aunque debe ser determinado, su importe puede variar al alza o a la baja por diversos factores legal y contractualmente previstos (variación de precios del artículo 87.4 TRLCSP, revisión de precios de los artículos 89 TRLCSP y siguientes…). A la vista de todo ello, se observa que de las tres cláusulas de modificación impugnadas, las citadas aquí con los números 1) y 3) pueden alterar el precio contractual, minorándolo, mientras que la número 2) es susceptible tanto de incrementarlo como de minorarlo, y que en ninguno de los tres casos se ha cumplido con el requisito del artículo 106 TRLCSP de que se indique expresamente el porcentaje del precio al que pueden afectar, por lo que las empresas desconocen, en el momento de presentar sus proposiciones, partes relevantes del contenido del contrato. Por lo que se refiere al valor estimado, las cláusulas 1) y 3) no tienen repercusión en él porque tiene, como se ha dicho, carácter de máximo, y en ningún caso su aplicación lo incrementaría.

La cláusula 2) sí que es susceptible de aumentarlo y por lo tanto debiera computarse a estos efectos, cosa que no se ha hecho, infringiéndose también el mandato del artículo 88.1 TRLCSP. Para remarcar la importancia que tiene un incorrecto cálculo del valor estimado, debe recordarse su vinculación con la publicidad y transparencia del procedimiento, en los términos señalados más arriba.

1. Cláusula 18 del PPT, primer supuesto

> Durante la vigencia del contrato, los adjudicatarios están obligados a proponer sustituciones de los productos o materiales seleccionados, por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio sea igual o inferior al inicialmente adjudicado y cumplan con los requisitos legales y administrativos determinados en la contratación del artículo primitivo.

Esta estipulación propone un supuesto de modificación del contrato generalmente conocido como «cláusula de progreso». Su contenido e intención son similares a los de uno de los supuestos que autoriza la modificación del contrato aunque no esté previsto en los pliegos o el anuncio de licitación, el recogido en el artículo 107.1 d) TRLCSP. A juicio de este OARC / KEAO, la concreta redacción escogida por el órgano de contratación incumple en varios apartados el artículo 106 TRLCSP. En primer lugar, la determinación de si se está o no en el supuesto de hecho de la modificación se deja, en buena medida, en manos exclusivas del contratista, que es el que fija el precio del producto y el único que puede decidir si va a ser igual o inferior al inicialmente adjudicado (nótese que los pliegos no establecen ningún sistema objetivo, ajeno a las partes, de fijación del importe de dicho precio); en segundo lugar, es también el contratista quien está obligado a proponer la sustitución y quien, al menos en primera instancia, valora si el nuevo producto incorpora o no «avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados», valoración difícilmente controlable por el poder adjudicador porque se basa solo en una cláusula genérica poco expresiva y que no identifica los específicos aspectos del nuevo producto relevantes para el supuesto. Debe añadirse además que el acuerdo marco se adjudica en consideración única al precio más bajo porque son productos normalizados y autorizados administrativamente no susceptibles mejora o variación alguna, lo que aumenta la dificultad de interpretar la cláusula. Por otro lado, la redacción de la estipulación no incorpora el requisito, que, por ejemplo, el artículo 107.1 d) TRLCSP sí menciona, de que la disponibilidad en el mercado del producto sea posterior a la adjudicación del contrato, por lo que caben también productos disponibles cuando se presentaron las ofertas, lo que abre una puerta para desvirtuar las bases de la licitación y los propios términos de la oferta en la que se basa la adjudicación. Por todo ello, debe descartarse que la estipulación cumpla mínimamente la exigencia de fijar con precisión los supuestos y condiciones bajo las que puede producirse la modificación contractual.

2. Cláusula 18 del PPT, segundo supuesto

> En todo caso, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de éste, tiene la facultad de incluir nuevos bienes de los tipos adjudicados o similares a los adjudicados

> cuando concurran motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados.

En este caso, la insuficiencia del texto impugnado para cumplir con lo establecido en el artículo 106 TRLCSP es aún más evidente. Por un lado, la referencia a los motivos de interés público no es determinante por superflua, pues, por definición, la Administración no puede actuar con base en motivos diferentes (artículo 103.1 de la Constitución); tampoco aporta precisión alguna, por ser extremadamente escueta y poco acorde a la naturaleza de los productos objeto del contrato, la referencia a los motivos de «nueva tecnología o configuración». En definitiva, la cláusula equivale a permitir que el poder adjudicador, en connivencia con el contratista, altere libremente los términos del contrato.

5.1.6 Documentos incluidos en el concepto de «pliegos»

Resolución 8/2016

Debe señalarse que el artículo 62.2 TRLCSP establece que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato», aclarando el artículo 62.1 TRLCSP que la solvencia se sustituye por la clasificación en los casos que sea legalmente exigible. La necesidad de que los anuncios de licitación incluyan los niveles mínimos de solvencia y los medios de su acreditación figura también en los artículos 44.2, 47.4 y 48.6 de la derogada Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que el TRLCSP incorporó al ordenamiento interno. Nótese que estos preceptos no exigen que, además, estos aspectos se incluyan en los pliegos u otros documentos contractuales, requisito que procede solo de la legislación nacional (ver, por ejemplo, el artículo 67 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas). De ello se deduce que el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (ver, en este sentido, el Acuerdo 107/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón).

Resolución 93/2016

El poder adjudicador aborda en su informe al recurso dos cuestiones que deben tratarse con carácter previo al análisis del fondo del asunto.

La primera cuestión es la afirmación de que en caso de contradicciones entre el anuncio y los pliegos, priman éstos porque fueron aprobados por el Pleno y tienen carácter contractual.

La celebración de un contrato requiere la previa elaboración de un expediente (artículo 109 del TRLCSP) al que se incorporan tanto el PCAP como el de prescripciones técnicas, y una vez completado el expediente, el órgano de contratación aprueba el mismo mediante resolución motivada (artículo 110 del TRLCSP). Sin perjuicio de lo anterior, la celebración del contrato precisa, también, de un procedimiento de adjudicación al que, salvo excepciones, se le da publicidad a través de la publicación de los anuncios en los boletines o diarios correspondientes y en los perfiles de contratante (artículo 142 del TRLCSP).

Los pliegos del contrato y los anuncios de licitación cumplen funciones distintas pero complementarias. Es comúnmente admitido que los PCAP determinan el régimen jurídico del contrato, regulan el procedimiento de licitación y fijan los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato. Como señala el artículo 115 del TRLCSP, en los PCAP « (…) se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo.» Por su parte, los anuncios de licitación sirven como instrumentos para el cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, recogidos todos ellos en el artículo 1 del TRLCSP. La importancia de la publicidad de las licitaciones quedó reflejada en la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE que en su considerando 36 señala que «El desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos necesita una publicidad comunitaria de los anuncios de licitación establecidos por los poderes adjudicadores de los Estados miembros. La información contenida en dichos anuncios debe permitir que los operadores económicos de la Comunidad evalúen si les interesan los contratos propuestos. A tal fin, conviene proporcionarles una información suficiente del objeto del contrato y las condiciones del mismo. Por consiguiente, es importante dar mayor relieve a los anuncios publicados por medio de instrumentos adecuados, como los formularios normalizados del anuncio de licitación y el Vocabulario Común de los Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV), contenido en el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (2) como nomenclatura de referencia para los contratos públicos. En los procedimientos restringidos, la publicidad debe tener como finalidad más especialmente el permitir a los operadores económicos de los Estados miembros que manifiesten su interés por los contratos solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para presentar una oferta en las condiciones requeridas.» Por lo demás, son muchas las referencias en los artículos de la Directiva sobre el contenido de los anuncios de licitación. En este sentido, el OARC / KEAO en su Resolución 008/2016 ha manifestado que «(…) el anuncio de licitación, además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y de dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, es un auténtico documento contractual en cuanto contiene los términos que han de regir el procedimiento de contratación, como reconoce ahora expresamente el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (ver, en este sentido, el Acuerdo 107/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón).» A mayor abundamiento, sobre la importancia del anuncio de licitación este OARC / KEAO en su Resolución 044/2014 ya señaló que « (…) el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información.»

Finalmente se debe añadir que la circunstancia de que el PCAP sea aprobado por el órgano de contratación no le da a su contenido prevalencia sobre el del anuncio; por el contrario, tanto las Directivas de contratos como el propio TRLCSP otorgan a ambos documentos singular importancia en la tramitación del procedimiento de adjudicación. De hecho, ambos documentos son objeto del recurso especial en materia de contratación en un plano de igualdad (artículo 40.2 a) del TRLCSP).

En segundo lugar, debe también matizarse el alcance de la facultad de interpretación que según el informe al recurso corresponde al órgano de contratación en virtud de la cláusula 28 del PCAP. Es cierto que a tenor del 210 del TRLCSP «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.» Sin embargo, la prerrogativa de interpretación de un contrato formalizado que tiene el órgano de contratación, no le otorga la facultad de dar primacía al contenido del PCAP frente al del anuncio en caso de una posible contradicción, con mayor motivo si se tiene en cuenta que en el artículo 2 13) de la Directiva 2014/24/UE incluye al anuncio de licitación dentro de la definición de «Pliego de contratación». En la reciente Resolución 086/2016 este Órgano ha manifestado que « (…) existiendo una contradicción entre dos documentos contractuales contraria al principio de transparencia, se crea una oscuridad en la interpretación de los mismos que, según una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 008/2016 del OARC / KEAO, así como el artículo 1.288 del Código Civil) no puede perjudicar a quien no la ha causado nada menos que con la expulsión de su oferta, (…).»

Resolución 130/2016

Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.» Debe señalarse que, como se explicará más adelante, el objeto de la impugnación no es solo un apartado de la carátula del PCAP, sino también, y muy especialmente, la respuesta que el poder adjudicador ha dado a una consulta formulada por una empresa interesada sobre el alcance de dicho apartado y que se ha publicado en el perfil del contratante; tales respuestas pueden ser objeto de recurso porque se incluyen en la amplia definición de «pliego de contratación» recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende «todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional». A juicio de este OARC / KEAO, las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se va a ajustar a su contenido (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), son «documentos adicionales» que fijan los términos de dicho procedimiento.

Consecuentemente, su adecuación a la legalidad debe poder ser evaluada, en su caso, por los órganos encargados de resolver el recurso especial para que éste cumpla con el efecto útil querido por la legislación europea en materia de recursos, que es, entre otros, conceder a los interesados la posibilidad de depurar las bases de la licitación contrarias a Derecho (artículo 2.1 b) de la Directiva 1989/665/CEE, que es la norma que se transpone en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP). Debe tenerse en cuenta que el artículo 2.1.13 de la Directiva 2014/24/UE reúne los requisitos para desplegar efecto directo a falta de transposición (ver, por ejemplo, el documento «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales y disponible en la web del OARC / KEAO).

5.1.7 Vigencia y plazo de ejecución

Resolución 53/2016

El recurso ataca la adjudicación del contrato por entender que no se ajusta a los pliegos, que establecen en dos años la duración inicial del contrato; en concreto, el acto impugnado dispone que «el contrato se adjudicará hasta el 30/09/2017, prorrogable anualmente hasta un máximo de dos años desde la firma del contrato administrativo».

La viabilidad del motivo de recurso debe analizarse partiendo del artículo 23 TRLCSP, que especifica que la duración del contrato se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, «la naturaleza de las prestaciones». En este caso, el contrato es de los denominados de tracto sucesivo, en los que el adjudicatario no se compromete a obtener un resultado (como sucede, por ejemplo, en el contrato de obra), sino a desplegar una actividad durante un periodo de tiempo determinado, incluso aunque esa actividad se componga de una multiplicidad de pequeñas prestaciones de resultado. En estos contratos, la duración marca el periodo durante el que debe mantenerse la relación, el «tracto» o lapso temporal que es el verdadero objeto del contrato, siendo el tiempo más esencial en estos contratos que en los de resultado porque no es sólo una condición de la ejecución del objeto contractual, sino parte del objeto contractual mismo. En ellos, la duración es proporcional a su valor económico (razón por la que las prórrogas se computan para el cálculo del valor estimado, según el artículo 88 TRLCSP), lo que no sucede en los contratos de resultado.

Existen dos formas habituales para determinar el plazo de vigencia contractual: o por referencia a un periodo de tiempo (por ejemplo, dos años desde la formalización) o estableciendo una fecha o término concreto de inicio o finalización (desde o hasta el 30/09/2017, p.ej.). En general, es más adecuado el primer sistema, porque proporciona a las empresas interesadas, a los licitadores y, en última instancia, al contratista, una completa seguridad sobre la vigencia efectiva de los contratos de tracto sucesivo (de la que depende su volumen económico, como ya se ha dicho). En cambio, el segundo sistema genera inseguridad sobre la duración del contrato, ya que, al tener una fecha fija de finalización de la duración, el tiempo necesario para la adjudicación y formalización se resta de esta última, pudiéndose llegar al absurdo de que una tramitación excesivamente prolongada (por ejemplo, por la

interposición de un recurso con efecto suspensivo) haga que el contrato acabe por tener una vigencia ridícula que desnaturalice completamente las bases de la licitación; asimismo, es un sistema contrario al principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), pues los cálculos de rentabilidad del licitador se basan, entre otros factores, en la remuneración total que espera obtener, la cual depende, a su vez, de la duración del contrato, que es incierta, e incluso al mandato de correcta determinación del objeto contractual (artículo 86.1 TRLCSP). Es por ello que la referencia a una fecha concreta debe reservarse a los contratos (normalmente de resultado) en los que el inicio o la finalización en dicha fecha es verdaderamente esencial, de tal manera que el cumplimiento extemporáneo ya no satisface el interés público (elaboración de un recurso judicial que debe entregarse antes de que finalice su plazo de interposición, por ejemplo).

Una vez que se ha establecido que del contrato se deriva una relación jurídica de tracto sucesivo y carácter periódico, vinculada además con un servicio público permanente y no meramente puntual, es claro que la forma de fijación de su duración que más le conviene es la que hace referencia a un periodo temporal. Ése es precisamente el sistema por el que, correctamente, optó el órgano de contratación, tanto para el periodo inicial como, incluso más claramente, para las prórrogas, como se deduce de la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece que «el contrato tendrá vigencia de dos años», vigencia que debe entenderse iniciada, a falta de otra especificación, desde la perfección del contrato, la cual coincide con la formalización (artículo 27.1 TRLCSP). A juicio de este OARC / KEAO, la mención posterior «…para las temporadas y el verano de 2015 – 2016 y 2016 – 2017» no desmiente la conclusión anterior, pues no es sino una especificación de las unidades de programación de la actividad (las «temporadas») que, previsiblemente, incluirá el contrato, pero sin que ello sea esencial a la prestación, pues es claro que lo que interesa sobre todo es adquirir prestaciones que den continuidad al servicio durante un periodo, y no atender tal o cuál temporada concreta. A la mención de que «…el contrato se inicia a partir del 1 de octubre de 2015» cabe hacerle la misma observación: se refiere a la estimación inicial del PCAP a la vista de los plazos calculados de tramitación del procedimiento, y no a una fecha esencial para la satisfacción de la finalidad del contrato (si así fuera, la actuación consecuente del poder adjudicador sería renunciar al contrato, puesto que su cumplimiento es ya imposible). Además, debe señalarse que la cláusula 4 del PCAP fija las prórrogas, claramente y sin matización alguna, por años, lo que es una razón más para no aplicar una fórmula distinta para la determinación del periodo inicial.

Resolución 64/2017

El recurrente estima que el plazo de vigencia del contrato es inadecuado a la vista de los gastos e inversiones necesarios para su correcta ejecución. Sobre esta cuestión, el artículo 23.1 del TRLCSP establece que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación; sobre esta base, sería contrario a este precepto un contrato que requiriera fuertes inversiones y gastos iniciales que solo podrían recuperarse en un periodo prolongado de vigencia. En cierto modo, se trata de una cuestión similar a la del mandato de que el precio contractual se ajuste al mercado y relacionada con ella, ya que la adecuación del plazo de duración depende también del precio pagado en él (no es lo mismo un precio en un periodo que el mismo periodo con un precio mayor, p.ej.).

Consecuentemente, también es aquí aplicable el principio de que es el recurrente quien debe demostrar que la vigencia prevista es tan incorrecta que no cabe esperar con ella una concurrencia suficiente o una correcta ejecución de la prestación. Por ello, hay que remitirse a los argumentos expuestos por este OARC / KEAO en el apartado A) anterior de este mismo Fundamento de Derecho; además, el argumento de que los vehículos (entre 160 y 180) tendrían un plazo de amortización de cinco años, muy superior al plazo inicial fijado (un año), no es aceptable, pues los pliegos no consignan la obligación de que dichos vehículos sean nuevos (esta condición ni siquiera se contempla como criterio de adjudicación). Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

5.2. INTERPRETACIÓN

5.2.1 Aplicación supletoria del Código Civil

Resolución 14/2013

De lo recogido en los apartados anteriores se aprecia que subyace en el fundamento del recurso, por parte de la empresa recurrente, una interpretación del contenido de los documentos contractuales que difiere de la que refleja el informe de valoración de las ofertas. En consecuencia, toda vez que la cuestión a resolver se ciñe a una interpretación del contenido de los documentos contractuales, se ha de destacar que sobre la interpretación de los contratos, en general y sobre los contratos públicos en particular, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones (entre otras, STS de 8 de julio de 2009 y de 13 de mayo de 1982).

En la interpretación de los pliegos del contrato es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil y el principio que abre la interpretación contractual es la búsqueda de la voluntad real de las partes. En ese sentido, impone siempre una indagación de la voluntad, y si los términos de un contrato fueran claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, obliga a estar al sentido literal de sus cláusulas (artículo 1285 Código Civil). Es por ello, por lo que el intérprete ha de empezar por obtener el significado que resulta de las palabras, de forma que si las palabras son claras, no hace falta continuar con la interpretación, no hará falta interpretar lo que ya está claro (in claris non fit interpretatio).

Pero en ocasiones, la interpretación literal no basta, será necesario entonces, según el Código Civil, interpretar las cláusulas con la interpretación lógica. Para ello, habrá que atender a los actos coetáneos y los posteriores al contrato y atender al contexto hermenéutico de la totalidad, como así lo recoge el propio artículo 1285 del Código Civil que dispone que «Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas». El contexto sería el conjunto de cláusulas que resultan aplicables, no bastando para realizar cumplidamente la función interpretativa analizar solamente los elementos gramaticales y lógicos.

Llegados a ese grado en la interpretación, si alguna de las cláusulas de los contratos atendiere a diversos sentidos, debe estarse al más favorable para que produzca efectos. Se recoge así una manifestación del principio favorable a la conservación del negocio antes que a su nulidad, de forma que entre un sentido que conduce a privar de eficacia a una cláusula y otro que la hace eficaz debe primar este último (art. 1284 del Código Civil). Debiéndose tener en cuenta, que el Código Civil también recoge que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe desfavorecer a la parte que no hubiere ocasionado la oscuridad (artículo 1288 del Código Civil) y la voluntad dudosa debe interpretarse en el sentido de la conservación del negocio.

5.2.2 Interpretación integrada

Resolución 84/2015

Como señala ASASER, el artículo 1.285 del Código Civil prevé que «las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.» En la prescripción que se examina se requiere dos veces la realización del servicio en sábado y en horarios parcialmente coincidentes. Una interpretación conjunta de los horarios establecidos nos lleva a la conclusión de que el poder adjudicador pretendió establecer una jornada de 3 horas diarias, con horario de 7h a 10h de lunes viernes y los sábados de 8h a 11h.

5.2.3 Actos anteriores o posteriores

Resolución 88/2015

El artículo 1.282 del Código Civil señala que «para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenerse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.» Una interpretación conjunta del informe previo a la aprobación del expediente, del objeto del contrato descrito en la cláusula 1 del PCAP y de los requisitos de solvencia exigidos en la cláusula 20 e) del propio pliego –inscripción en un registro oficial de empresas de inserción– nos lleva a la conclusión de que la voluntad real del Ayuntamiento de Basauri era facilitar el acceso al mercado laboral de lo que denominan «el colectivo que por diversas causas tiene más dificultades tiene para encontrar empleo», y que para ello decide acudir al mercado de empresas inscritas en un registro oficial de empresas de inserción, que únicamente pueden ser las inscritas en los Registros Administrativos de Empresas de Inserción de las Comunidades Autónomas que prevé el artículo 5. b) de la Ley 44/2007, puesto que si su

intención hubiera sido más amplia no hubiera restringido el modo de acreditación de la solvencia un registro concreto como es de las empresas de inserción. No podemos estar de acuerdo con el recurrente cuando manifiesta que la cláusula 20 e) del PCAP no delimita un tipo concreto de empresas. Aunque la cláusula habría sido mucho más clara si hubiera hecho referencia a la Ley 44/2007, no cabe duda de que el poder adjudicador tiene interés en reservar el contrato a un tipo concreto de empresas como son las de inserción.

Por tanto, no puede acogerse la pretensión del recurrente y debe confirmarse el Decreto de Alcaldía 1822 que excluye le excluye de la licitación al no haber acreditado estar inscrita en un Registro de Empresas de Inserción.

5.3 PRECIO Y PRESUPUESTO

5.3.1 Concepto de valor estimado

Resolución 61/2014

Dado que no se discute la naturaleza de servicios del contrato, la viabilidad del recurso especial y, consecuentemente, la competencia de este Órgano, radica en determinar cuál es el valor estimado del contrato. Si resulta ser superior a 207.000 euros, se trataría de un contrato incluido en el ámbito del recurso especial porque ello implicaría que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada (artículo 16.1 b) TRLCSP). Hay que recordar que el valor estimado se fija por referencia al «importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación.»

En el presente contrato, si bien no hay una contraprestación pecuniaria (es decir, expresada en unidades monetarias) que deba abonar el poder adjudicador, el punto 12 de la carátula del PCAP, significativamente titulado «forma de pago», establece que «teniendo en cuenta que el aceite vegetal usado es un residuo económicamente rentable y como compensación por el servicio prestado, el adjudicatario recibirá la totalidad del aceite vegetal usado». La jurisprudencia comunitaria ha declarado que, para el cómputo del valor estimado, debe tomarse en consideración el valor global del contrato desde el punto de vista de la importancia económica que representa para el potencial licitador, en el que claramente debe incluirse, en este caso, el valor de los aceites usados, por ser una retribución (aunque no sea monetaria) de la prestación contractual. Lo contrario podría llevar al absurdo de que los contratos en los que se prevé el pago en especie no estarían sujetos a regulación armonizada o al recurso especial, por grande que fuera su importancia económica real. Esta interpretación debe ser descartada por ser contraria al espíritu y finalidad del mismo concepto de «valor estimado», que consiste fundamentalmente en medir el interés económico de un contrato para determinar en consecuencia sus requisitos de publicidad (ver la sentencia del TJ de 18 de enero de 2007, asunto «Auroux», C-220/05).

Una vez aclarado que en el cálculo del valor estimado del contrato se incluye la entrega del aceite usado como contraprestación, debe determinarse cuál es el importe económico

aproximado que corresponde a dicha entrega, es decir, la rentabilidad que el contratista puede obtener mediante su comercialización «para cualquier finalidad reglada y autorizada por la normativa vigente, preferentemente para la fabricación de biocombustible». Ni los Pliegos ni ningún otro documento contractual contiene el dato que otorgue un valor económico por cantidad de aceite (céntimos por kilogramo de aceite, p.ej.) y tampoco se establece un cálculo de la cantidad de aceite que puede recogerse durante la vigencia máxima del contrato (6 años). Independientemente del reproche que ello merece, por la falta de transparencia que supone, al ocultarse a los operadores económicos un dato trascendental para la elaboración de su oferta, esta omisión obliga a este Órgano a recurrir a métodos indirectos para calcular el valor estimado del contrato. Según datos obtenidos en la página web de la Viceconsejería de Medio Ambiente (Gobierno Vasco)4, la generación de residuos de aceite vegetal (urbanos) en Álava en 2012 ascendió a 855 toneladas para 320.266 habitantes, lo que daría para los 239.949 habitantes de Vitoria – Gasteiz un total de 640 toneladas anuales. Teniendo en cuenta que se estima que en Araba se recicla el 95% del aceite, eso daría unas 608 toneladas de aceite al año, cantidad que habría que multiplicar por 6, periodo máximo de vigencia del contrato, incluidas las prórrogas (artículo 88.1 TRLCSP), de donde resulta que la adjudicataria del contrato podría llegar a recoger y gestionar un total de 3.648 toneladas. Para que esa cantidad de aceite supere el importe de 207.000 euros sin IVA (34.500 euros anuales, 2.875 euros mensuales), umbral que convertiría el contrato en sujeto a regulación armonizada y por lo tanto incluido en el ámbito del recurso especial, el precio por kilogramo debiera superar, aproximadamente, los 6 céntimos (concretamente, 0,0567 euros). Este Órgano conoce al menos un contrato con objeto similar en el que ese precio se estima en 26 céntimos5, por lo que parece que, razonablemente, se puede entender que se supera el citado umbral. Por otro lado, el coste de las prestaciones que el adjudicatario debe asumir (adquisición e instalación de contenedores, adquisición y entrega de depósitos adecuados para la recogida de aceite, recogida del aceite en los dos garbigunes, entrega y recogida de depósitos específicos en los eventos en los que lo solicite el poder adjudicador, recogida, transporte, almacenamiento y entrega a un gestor autorizado de todo el aceite, correcta gestión de los residuos, limpieza, conservación, traslado, reubicación y mantenimiento integral de depósitos y contenedores, publicitación del servicio…) parece claramente superior a los 207.000 euros sin IVA, y dado que no es racional pensar que el contrato se ha configurado para que el contratista pierda dinero, la anterior conclusión se ve reforzada.

5.3.2 Precio del contrato

Resolución 64/2013

El artículo 87.1 TRLCSP establece que « (…) Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.» El argumento alegado por el recurrente es que la Administración sólo ha tenido en cuenta para el cálculo del presupuesto de licitación el importe de la mano de obra según las retribuciones fijadas en el Convenio Colectivo aplicable, y no otros costes que inciden sobre el servicio, ni tampoco el beneficio industrial. Aunque un

reiteradísimo criterio de los órganos consultivos y de resolución de recursos contractuales (por todos, el informe 34/2001 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Resolución 21/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), señala que el órgano de contratación debe considerarse ajeno a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tenido en cuenta para formular su proposición económica, y en concreto a los efectos del convenio colectivo aplicable al personal que ejecute el contrato, no es menos cierto que las retribuciones de dicho convenio deben ser tenidas en cuenta, junto con los demás costes implicados, para valorar la adecuación al precio de mercado (informe 4/2011, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares).

No obstante lo anterior, el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato. No basta, pues, con alegar que el presupuesto de licitación empeora las condiciones económicas de los licitadores respecto de las que disfrutaba el antiguo prestador del servicio, pues es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta. En este sentido, el órgano de contratación ha realizado una extensa exposición de las razones que llevan a considerar que el precio de salida del contrato garantiza una concurrencia adecuada (como así ha sido efectivamente, pues se han presentado ofertas de cinco empresas, una de ellas, la recurrente) y una ejecución correcta del contrato. Del análisis de estos razonamientos se deduce que la Administración cuenta con que es muy posible que el adjudicatario deba realizar ajustes salariales y organizativos y eliminar actuales ineficiencias estructurales del servicio, así como renunciar a parte del beneficio que podía inicialmente esperar, pero todo ello entra dentro de la legítima intención de promover que las ofertas que se reciban sean más competitivas en precio y condiciones y no supone infringir el principio de adecuación al precio de mercado; por el contrario, la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar, no conformándose con las actuales condiciones de la prestación. En cualquier caso, una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración, por lo que este motivo de impugnación debe rechazarse.

Resolución 123/2014

Llama la atención que el órgano de contratación haya decidido no solo no valorar el precio de estos servicios como criterio de adjudicación, sino que ni siquiera haya establecido

un importe unitario máximo para ellos. La consecuencia es que el precio señalado por el adjudicatario pasa a ser el precio del contrato sea cual sea la cantidad que éste haya fijado en su oferta. Esta anómala configuración de la prestación es contraria al principio de eficiencia y a los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto (artículo 1 TRLCSP), a la determinación de la idoneidad del objeto contractual (artículo 22 TRLCSP) y al artículo 68.1 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, 12 de octubre, que exige que el PPT incluya el «precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar». Esta cuestión no ha sido claramente introducida en la pretensión del recurrente, referida únicamente a la relevancia de la inserción de la documentación en uno u otro sobre, por lo que, en virtud del principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP), no le corresponde a este Órgano decidir sobre su validez. No obstante, esta irregularidad debiera corregirse en los Pliegos que, en su caso, vayan a regir la nueva licitación.

Resolución 104/2015

Por ambos recurrentes se cuestiona que los precios máximos fijados por el poder adjudicador sean adecuados al mercado, como exige el artículo 87.1 TRLCSP. En su Resolución 64/2013, este OARC / KEAO se pronunció sobre el alcance y sentido de esta exigencia señalando que «el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.» Asimismo, se añadía que «(…) es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta» y que ello no contradecía el principio de adecuación al mercado porque «(…) la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar (…)». Finalmente, se establecía que «una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración.» En análogo sentido, la Resolución 764/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que resume su doctrina sobre la materia, recuerda que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el precio contractual, que en «el control del gasto debe presidir la interpretación del art. 1 TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como «suelo» sino como «techo»» y que «solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente» (ver también las Resoluciones 81/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta

de Andalucía y 222/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Partiendo de estos criterios, debe comprobarse si se ha acreditado o no que la fijación del precio es, en los términos expuestos, incorrecta, análisis que debe partir de dos hechos. En primer lugar, consta que se han presentado a la licitación cuatro ofertas. En segundo lugar, se ha acreditado en el informe del órgano de contratación (y se ha admitido por NESTLÉ) que los importes unitarios máximos fijados por Osakidetza no están alejados de los establecidos por otros poderes adjudicadores en al menos una licitación cercana en el tiempo y con el mismo objeto, importes que además fueron ampliamente mejorados por los adjudicatarios (uno de ellos, la propia NESTLÉ). Ambas circunstancias permiten descartar que la estimación del precio haya impedido la concurrencia o que esté claramente fuera de lo que es asumible por los operadores económicos del sector.

Frente a estas dos evidencias, los argumentos de los recurrentes no resultan consistentes. Así, no existe un precio «real» de las cosas que el órgano de contratación deba averiguar para pagar lo «justo», porque precisamente el precio lo forma finalmente el mercado en régimen de libre competencia, siendo el poder adjudicador solo uno de sus agentes. Tampoco es aceptable la pretensión de que deba fijarse un precio distinto para cada contrato derivado porque cada uno de dichos contratos se sitúa en un mercado con peculiaridades logísticas o de dimensión diferentes; esta idea lleva, por reducción al absurdo, a negar la motivación última de las compras agrupadas o centralizadas para aprovechar las economías de escala, y obstaculiza la facultad discrecional de los poderes adjudicadores para delimitar el ámbito de sus procedimientos de adjudicación como consideren más oportuno. Por otra parte, la supuesta inadecuación del precio tampoco puede sustentarse en su comparación con los que fija el Real Decreto 1205/2010, porque el objetivo de esta norma es, como señala su artículo 1, «sentar las bases para el establecimiento de importes máximos de financiación para cada tipo de producto facilitado en la prestación con productos dietéticos», y no establecer su precio general de mercado. Además, la mención a la complejidad y valor nutricional de los productos es tan genérica que serviría para considerar inadecuado no solo el precio fijado en este expediente, sino cualquier otro que se hubiera establecido. Finalmente, hay que señalar que, en contra de lo que se deduce de los recursos, que confunden la onerosidad propia del contrato del sector público (prestaciones a cambio de un precio) con el lucro (existencia de beneficio), no es cierto que el precio general de mercado deba garantizar beneficios o inexistencia de pérdidas a la empresa, pues ello depende de otros factores, como los resultados de su política comercial o sus costes de producción, y en todo caso el contrato administrativo se adjudica a riesgo y ventura del contratista, de modo que no cabe que el poder adjudicador le garantice rentabilidad alguna (artículo 215 TRLCSP).

Resolución 116/2015

En lo que se refiere al contrato que nos ocupa, se ha de indicar que el presupuesto inicial no contiene error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide y que el recurrente no ha conseguido probar que el precio de salida no garantiza una concurrencia adecuada pues, de hecho, se han presentado ofertas de tres empresas, ni una posible ejecución incorrecta del contrato pues, si el presupuesto de salida se ha calculado tomando en consideración el precio actual del servicio incrementado en un 3 por ciento y hasta la fecha el contrato se ha ejecutado en términos razonables, es lógico concluir que el eventual futuro incumplimiento

del mismo no será debido a una insuficiente estimación del presupuesto de contrata, por lo que este motivo de impugnación debe rechazarse.

Como acertadamente alega la UTE LARRIALDIAK/MAIZ un recurso especial interpuesto por la misma recurrente y basado en un argumento impugnatorio sustancialmente igual fue resuelto por el TACRC en su Resolución 695/2015, llegando, de forma similar a este órgano resolutorio, a la conclusión de que « Expuestas así las posturas de ambas partes, debe anticiparse que la alegación sobre insuficiente dotación presupuestaria no puede tener favorable acogida, pues no se acredita por FALCK que los costes de ejecución reales sean superiores al precio de licitación y, menos aún, que el criterio técnico utilizado por el órgano de contratación para la estimación de costes sea erróneo, no siendo suficientes las alegaciones que, a tal efecto, se contienen en el escrito de interposición del recurso, basadas en el coste estimado de personal en aplicación del Convenio Colectivo aplicable (…)»

5.3.3 Revisión de precios

Resolución 98/2013

Critica la inexistente concreción de la fórmula de revisión de precios del apartado 4.4. de la carátula del PCAP, al que considera contrario al artículo 89.3 del TRLCSP. El HUC afirma que la revisión de precios no está prevista como tal para la ejecución del contrato inicial y que únicamente cabe en el caso de su prórroga si las partes llegan a un acuerdo en cuanto a la duración y el precio. Además afirma que únicamente en el caso de estar prevista la revisión durante la ejecución del contrato inicial debería estar referenciada a una determinada fórmula o índice.

El artículo 89.3 del TRLCSP contempla que «El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable.» El apartado 4.4. de la carátula del PCAP, sobre revisión del precios, prevé que «Tan solo procederá en caso de prórroga, previo acuerdo de las partes.»

Debe otorgarse la razón al recurrente en su apreciación. La fórmula de revisión de precios es tan inconcreta que ni existe. Cuando se prevé la revisión de precios, el artículo 89.3 exige que las fórmulas se detallen en el PCAP, sin que quepa excepción alguna. No puede admitirse el argumento de que la revisión de precios únicamente está prevista para la prórroga del contrato si las partes llegan a un acuerdo en cuanto a la duración y el precio. El artículo citado permite la revisión de precios a lo largo de la vida del contrato y de sus eventuales prórrogas, siempre que se den los requisitos que se indican en sus párrafos 1. y 2., y bajo ningún concepto puede interpretarse que las fórmulas únicamente deben detallarse cuando se prevé la revisión en el período inicial de ejecución, como entiende el HUC, y menos aún se permiten revisiones de precios diferidas a un acuerdo posterior en cuanto a la duración y el precio.

Debe apreciarse, por tanto, la nulidad del apartado 4.4. de la carátula del PCAP, sobre «revisión de precios».

Resolución 76/2015

NOVENO: La cláusula 5 del PCAP, «Revisión de precios», establece lo siguiente en sus párrafos segundo y tercero:

> El precio para el segundo año de contrato será revisado y por lo tanto aumentado o disminuido en el mismo porcentaje en que lo hubiera hecho, durante el periodo que abarca desde la fecha final del plazo de presentación proposiciones hasta la conclusión del primera hasta la conclusión del primer año de contrato, el Índice de Precios al Consumo elaborado a Nivel Nacional de Estadística u organismo a quien se encomiende dicha función. No obstante todo lo anterior, la revisión de precios respetará el límite determinado por el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. I precio para el tercer y cuarto año de vigencia del contrato y siguientes, se revisará en la misma forma en que se ha indicado en el apartado anterior, respecto de los doce meses anteriores.

Al contrato impugnado le es aplicable la DA 88ª de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. Este precepto establece en su apartado Uno que «el régimen de revisión de los contratos del sector público no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o a cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes.» El apartado Dos añade que «se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público.»

A la vista de lo anterior, la cláusula 5 debe anularse por referenciar la revisión de precios a un índice general de precios, sistema que la DA 88ª expresamente prohíbe.

Resolución 104/2015

> En todo caso, las empresas que resulten adjudicatarios en el presente expediente vendrán obligados a notificar y aplicar a las Organizaciones de Servicios de Osakidetza cualquier condición más favorable o cualquier oferta a un precio menor que se derive de la tramitación y adjudicación de un expediente de contratación declarado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de adquisición centralizada en el ámbito estatal para los productos incluidos en el presente expediente, procediéndose en su caso a modificar el contrato de acuerdo a las mismas.

Se achaca a esta cláusula que infringe los principios de precio cierto y de que la ejecución del contrato no puede someterse a indicaciones posteriores a su celebración. Estas alegaciones no pueden acogerse; no es contrario al principio del precio cierto que el precio inicialmente fijado pueda sufrir alteraciones en el futuro en aplicación de una cláusula ya fijada en el contrato que se aplica con independencia de la voluntad de las partes, que no tienen que llegar a un nuevo pacto para hacerla efectiva o que, como en este caso, que depende de la actuación de una de las partes con consecuencias negativas solo para ella misma. Lo que

proscribe el principio del precio cierto es que el precio pueda ser libremente alterado por una de las partes o por un nuevo acuerdo entre ellas, pero no es ése el supuesto analizado. Tampoco se infringe el principio de no someter la ejecución del contrato a indicaciones posteriores a su celebración (artículo 2.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), pues no existen aquí tales indicaciones, sino solo aplicación de una estipulación ya prevista en el contrato. Debe señalarse, por si pudiera ser útil en el caso de que se optara por dar una nueva redacción a la estipulación, que el artículo 89.1 del TRLCSP establece que «no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.» El artículo 2 b) de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, que dio su actual redacción al citado artículo 89.1 TRLCSP, establece que se entiende por revisión no periódica «cualquier modificación de valores monetarios que no tenga carácter periódico o recurrente». No obstante, dicho artículo no es aún aplicable, por lo que no incide sobre la validez de la estipulación, pero podría serlo, en su caso, cuando se dé nueva redacción a los pliegos (ver la Disposición Transitoria, apartado 1, de la Ley 2/2015, así como la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la D.A. 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014 y la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española).

5.3.4 Crédito reservado para la financiación del contrato

Resolución 67/2014

Una vez descartada la posibilidad de que la documentación contractual ampare la exclusión de la recurrente, debe analizarse ahora si dicha exclusión puede fundamentarse, como señala el informe interventor en: «el vicio de nulidad de pleno derecho que supondría disponer gasto por encima de los límites autorizados en los respectivos acuerdos relativos a la aprobación del convenio de tramitación única de la contratación y por ende, de autorización del gasto por las cantidades fijadas como tipo de licitación para los mismos con cargo sus respectivos Presupuestos». La respuesta es igualmente negativa. Las reglas que rigen la licitación (incluidos los supuestos de exclusión de las ofertas) y que son vinculantes para el poder adjudicador y los licitadores son las que figuran en la legislación contractual y en los pliegos correspondientes, y no las que componen la normativa presupuestaria; mucho menos puede aceptarse que pueda perjudicarse a un licitador con base en reservas de crédito u otros actos de ejecución presupuestaria que no forman parte de la documentación contractual. Naturalmente, eso no quiere decir que la Administración no deba sujetarse a la legalidad presupuestaria en todos los expedientes de gasto, incluidos los procedimientos de contratación. Sin embargo, es el expediente de gasto el que debe adaptarse a las condiciones de la licitación y a las vicisitudes del procedimiento de adjudicación (retrasos en el procedimiento que conllevan reprogramación de los créditos plurianuales, p.ej.) y no al revés. Es cierto que las Administraciones no pueden adjudicar el contrato sin cobertura presupuestaria adecuada y suficiente, pero la conclusión de esta premisa no puede ser la exclusión de una oferta válida según las reglas de licitación de los Pliegos, sino la obligación de la Administración de dotarse de dicha cobertura mediante los procedimientos legalmente

previstos (por ejemplo, modificaciones presupuestarias). Ello es consecuente con la conocida apreciación de que el Presupuesto es el reflejo de las obligaciones, pero no su fuente, la cual sólo puede radicar en las leyes, negocios jurídicos o actos que, de acuerdo al Ordenamiento Jurídico las generen (ver las sentencias del Tribunal Constitucional 63/1986 y 13/1992). Por ello, el recurso debe ser estimado.

Resolución 44/2014

DUODÉCIMO: El recurrente considera que se ha incumplido el artículo 67 RGLCAP al no mencionarse los créditos precisos para atender las obligaciones que del contrato pueden derivarse para la Administración (artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP). Se añade que el Consorcio de Aguas no disponía de Presupuesto aprobado para 2014 en la fecha de aprobación de los Pliegos. La existencia de crédito adecuado y suficiente es un requisito que la legislación hacendística y presupuestaria exige con carácter general para la adopción de cualquier compromiso de contenido económico por las Administraciones, y su omisión conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato (artículo 32 c) TRLCSP). Es por ello que el artículo 67 RGLCAP (véase también el artículo 26.1 k) TRLCSP) incluyen la mención de los créditos que financiarán el contrato como contenido mínimo del PCAP o, en su caso, del documento contractual. La inclusión en la documentación contractual de la constancia del cumplimiento de este requisito no debe confundirse con el requisito mismo, cuya verificación requiere acudir a la normativa contable y presupuestaria y analizando el estado de las cuentas del poder adjudicador, y cuya omisión puede conllevar la nulidad contractual. Por el contrario, la mención del artículo 67 RGLCAP sólo pretende garantizar a los terceros potencialmente interesados en el contrato la seriedad del compromiso del poder adjudicador, señalando en los documentos contractuales que éste está debidamente respaldado presupuestariamente.

Llegados a este punto, se observa que la cláusula sexta del PCAP, establece que «existe crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones económicas que se deriven de la presente contratación con cargo al presupuesto 2014 (partida presupuestaria 441.227.07)» y que «el órgano competente en materia presupuestaria se reservará los créditos oportunos en los presupuestos de los ejercicios futuros que resulten afectados.» El contenido de esta cláusula es suficiente para dar por satisfecha la escueta exigencia del artículo 67 RGLCAP. Esta afirmación es independiente de que existiera o no presupuesto aprobado para el ejercicio 2014 en el momento de aprobación de los Pliegos, puesto que la cobertura puede venir dada, como alega el poder adjudicador, por la aplicación de la normativa sobre prórroga presupuestaria. Además, el citado artículo 67 RGLCAP únicamente impone consignar una cobertura presupuestaria; su efectividad depende de la realidad económica de la entidad y de las normas hacendísticas que le afectan y es una cuestión diferente de la que es objeto de impugnación, no habiendo sido atacada por el recurrente con ningún argumento que haga dudar a este Órgano de la suficiencia presupuestaria del contrato; por el contrario, dicha suficiencia está acreditada en el expediente por el informe del Secretario – Interventor de 6 de enero de 2014. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Resolución 101/2016

Se alega que el contrato carece de disponibilidad presupuestaria. Es indudable que la necesidad de que la actividad contractual se ajuste a las posibilidades económicas de las entidades del sector público es una exigencia de los principios de estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiencia (artículo 1 TRLCSP). Además, el respaldo financiero del contrato es una garantía para los potenciales licitadores, pues confirma la seriedad de la intención de contratar de la entidad y la certeza de que va a cumplir con sus obligaciones de pago. Existen en el TRLCSP varios artículos que, en desarrollo de estos principios generales, introducen como requisito de la preparación del contrato la constancia documental en el expediente del crédito adecuado y suficiente para afrontar las obligaciones económicas derivadas del contrato que en su día vaya a celebrarse, como los artículos 109.3 (certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya) o 109.5 (acreditación de la disponibilidad de las aportaciones de las Administraciones en los contratos cofinanciados). Sin embargo, como ya se ha dicho anteriormente, dichos preceptos, que exigen una consignación presupuestaria previa antes del inicio de la licitación, no son aplicables a los contratos tramitados por los poderes adjudicadores que, como AK, no son Administraciones Públicas. Ello es plenamente coherente con la distinta normativa presupuestaria aplicable a ambos tipos de poder adjudicador. En general, las Administraciones Públicas sujetan sus procedimientos de adjudicación a una ejecución presupuestaria en fases sucesivas que se inicia con la «autorización» del gasto, acto mediante el que se acuerda su realización por importe cierto o aproximado con cargo a un determinado crédito, reservando a tal fin la totalidad o una parte disponible del mismo (ver, por ejemplo, el artículo 40.2 de la Norma Foral 21/2003 de 19 de diciembre, presupuestaria de las Entidades Locales del Territorio Histórico de Gipuzkoa) y cuya toma de razón contable se identifica con el certificado al que se refiere el artículo 109.3 TRLCSP. En cambio, a las sociedades públicas, a pesar de su sujeción en muchas materias hacendísticas y presupuestarias a la normativa pública (ver, por ejemplo, el artículo 85ter de la LBRL), les es ajeno ese sistema de ejecución presupuestaria. La constancia de la cobertura presupuestaria del contrato solo aparece en el TRLCSP en un artículo aplicable a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, el artículo 26.1 k) del TRLCSP, que establece que «El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio» debe figurar necesariamente en el documento que formaliza el contrato; es decir, AK solo debe acreditar la suficiencia económica en el momento de la formalización del contrato, que coincide con el de su perfección, según el artículo 27.1 TRLCSP, lo que es razonable, ya que solo entonces nacen las obligaciones contractuales de las partes y no le es exigible realizar ninguna «reserva de crédito» previa a ese momento. Consecuentemente, y por los mismos argumentos, tampoco es estrictamente necesario que las posibles aportaciones de otras entidades públicas o de entidades privadas contractualmente obligadas a cofinanciar el contrato estén amparadas por convenios ya suscritos o por compromisos firmes de las mismas desde antes del inicio del procedimiento de adjudicación.

5.3.5 Onerosidad

Resolución 62/2016

Finalmente, el poder adjudicador equipara la onerosidad del contrato con la obtención de un beneficio, cuando se trata de dos cuestiones distintas. A tenor del considerando 77 de la STJUE de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98 (ECLI:EU:C:2001:401), el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde al poder adjudicador; mientras que la obtención de un beneficio puede ser entendida de distintas maneras; así, del mismo modo que el concepto de «poder adjudicador» de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que permite participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de un lucro (considerando 45 de la STJUE de 23 de diciembre de 2009, Asunto C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807), nada impide, como dice Abogado General en las conclusiones (ECLI:EU:C:2006:410) de la STJUE de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05 (ECLI:EU:C:2007:31), que «en tiempos de escasez de encargos, incluso empresas privadas pueden estar interesadas en aceptar encargos de los que no esperan obtener ningún beneficio, o, en su caso, sólo un beneficio muy pequeño, para poder al menos así cubrir mejor los costes fijos.»

Resolución 118/2016

La cláusula 1.4.5 del PCAP establece el rechazo de la oferta en dos supuestos: realizar una oferta económica de 0 euros o que la oferta efectuada no sea onerosa. La referencia, ligada a la onerosidad, que se efectúa en dicha cláusula de que «la Administración entiende que para la prestación del servicio existen unos costes necesarios (personal, estructura organizativa,…) y un beneficio industrial que debe satisfacerse», no puede significar una interpretación propia del PCAP del concepto de «onerosidad», el cual, en el marco de los contratos públicos, tiene el contenido señalado por las Directivas y por la interpretación que de las mismas realiza el TJUE. En relación con la onerosidad de los contratos este OARC/KEAO, en su Resolución 62/2016, ha venido a decir, «el poder adjudicador equipara la onerosidad del contrato con la obtención de un beneficio, cuando se trata de dos cuestiones distintas. A tenor del considerando 77 de la STJUE de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98 (ECLI:EU:C:2001:401), el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde al poder adjudicador; mientras que la obtención de un beneficio puede ser entendida de distintas maneras; así, del mismo modo que el concepto de «operador económico» de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que permite participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de un lucro (considerando 45 de la STJUE de 23 de diciembre de 2009, Asunto C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807), nada impide, como dice Abogado General en las conclusiones (ECLI:EU:C:2006:410) de la STJUE de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05 (ECLI:EU:C:2007:31), que «en tiempos de escasez de encargos, incluso empresas privadas pueden estar interesadas en aceptar encargos de los que no esperan obtener ningún beneficio, o, en su caso, sólo un beneficio muy pequeño, para poder al menos así cubrir mejor los costes fijos.». La idea de que la contraprestación al contratista no tiene por qué ser de contenido monetario también ha sido considerada como posible por la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, AN) en su sentencia de 27 de mayo de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:1960), que viene a señalar que «Por todo ello la Sala comparte la tesis que

se mantiene en la Resolución recurrida, cuando pone de manifiesto que la onerosidad de los contratos públicos, a la luz también de lo que tiene señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refleja de forma fundamental en el contenido económico de la prestación que recibe el poder adjudicador, pero sin que este contenido sea un requisito exigible con el mismo rigor respecto de los contratistas que realizan esa prestación respecto de los que la contraprestación de la Administración pude ser diversa según el tipo de contrato, sin exigir necesariamente, siempre y en todo caso, un contenido monetario.»

Por consiguiente, cabe concluir que concurre la nota de onerosidad en aquellas ofertas de las que se deriva la obtención de cualquier tipo de beneficio, no únicamente el económico; razón por la cual no se pueden admitir las apreciaciones del poder adjudicador en las que liga el concepto de onerosidad al de beneficio monetario.

5.4 CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

5.4.1 Vinculación al objeto

Resolución 40/2017

Finalmente, se considera que el subcriterio «Precisión, claridad y concisión en la oferta» no tiene vinculación directa con el objeto del contrato ni con sus condiciones de ejecución pues carece de conexión con la prestación demandada en los pliegos y no redunda en una mayor calidad del servicio ofertado. Cuestión diferente es la exigencia de unos requisitos formales para la presentación de las ofertas, admitido por este OARC / KEAO (ver, entre otras, las Resoluciones 137/2016 y 20/2015), siempre que se respeten los principios de transparencia e igualdad, además de los de libertad de acceso a la licitación y el de proporcionalidad. En consecuencia, esta impugnación de ser estimada.

Resolución 52/2017

En el apartado 30.2.2 de la carátula del PCAP, como uno de los criterios de adjudicación evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, figura el siguiente, que es el único que impugnan ambos recurrentes:

> 2. Presencia de marca (20 %).
>
> Se valorará la presencia del fabricante en el mercado en base a los siguientes subcriterios:
>
> A) Cuota de mercado en el área de ordenadores de sobremesa, portátiles, impresoras y servidores ofertados que tiene el fabricante en el mercado empresarial en España; la información debe haber sido publicada por

entidades independientes: asociaciones empresariales y/o sectoriales; analistas TIC internacionales: 5%

Con el siguiente desglose:

- No especifica o está por debajo de la media de las ofertas: 0 puntos
- Entre la media (100%) y el 150% del valor de la media de las ofertas: 2,5 puntos
- Superior a las anteriores (al 150% del valor de la media): 5 puntos

B) Cuota de mercado en el área de ordenadores de sobremesa, portátiles, impresoras y servidores ofertados que tiene el fabricante en el mercado empresarial de la UE-15; la información debe haber sido publicada por entidades independientes: asociaciones empresariales y/o sectoriales; analistas TIC internacionales: 5%

Con el siguiente desglose:

- No especifica o está por debajo de la media de las ofertas: 0 puntos
- Entre la media (100%) y el 150% del valor de la media de las ofertas: 2,5 puntos
- Superior a las anteriores (al 150% del valor de la media): 5 puntos

C) Inversión global en I+D+i del fabricante 5%

Con el siguiente desglose:

- No existe inversión: 0 puntos
- Existe inversión <= 1 %: 1 punto
- Existe inversión nº > 1 % y <= 2%: 2 puntos
- Existe inversión nº > 2% y <= 3%: 3 puntos
- Existe Inversión, nº > 3%: 5 puntos

D) Canal oficial de formación y certificación técnica en España. 5%

Con el siguiente desglose:

- No existe canal de formación ni certificación en España: 0 puntos
- Existe canal de certificación, no de formación: 1 punto
- Existe canal de formación, no de certificación: 2 puntos
- Existen ambos canales: 5 puntos.

De acuerdo con el artículo 150.1 del TRLCSP, los criterios de adjudicación deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato y dirigirse a determinar la oferta económicamente más ventajosa. Los mismos requisitos aparecen en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que en el apartado 2 del artículo 67 establece la necesidad de que el criterio de adjudicación se vincule con el objeto del

contrato, especificándose en el apartado 3 del mismo precepto lo siguiente:

> Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:
>
> a) a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o
>
> b) b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Esta definición de la vinculación del objeto del contrato, inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) anterior a la Directiva 2014/24 (ver el apartado 91 de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, «Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos», ECLI:EU:C:2012:284) permite que un criterio de adjudicación valore un aspecto de la prestación no incorporado a sus características físicas (por ejemplo, en la citada sentencia se acepta valorar que el café suministrado que se pretende adquirir proceda de productores en régimen de comercio justo, lo que es indiferente para sus propiedades organolépticas), siempre que esté vinculado con los concretos bienes objeto del suministro y relacionado con una fase de su ciclo de vida (en el caso de la sentencia, la fase de comercialización).

Asimismo, el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24 (en el mismo sentido, el considerando 89) establece lo siguiente:

> La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia…

Contrastados ambos requisitos con los subcriterios A, B y C, se observa que no los satisfacen; los subcriterios A y B no se refieren a los suministros objeto del contrato, sino a la cuota de mercado alcanzada por los fabricantes de los equipamientos ofertados (los cuales pueden no ser ni siquiera los licitadores) para ciertas gamas de productos, cuota que además perfectamente puede haberse alcanzado total o parcialmente con modelos distintos de los efectivamente propuestos por los licitadores. Todavía es más evidente la quiebra de este requisito en el subcriterio C, que se refiere únicamente a la inversión en I+D+i del fabricante, sin que haya ninguna mención de que dicha inversión se refiera directamente a los equipos ofertados.

Resolución 118/2017

(…) un criterio que premia las ofertas que mejor satisfagan las necesidades de los beneficiarios de la prestación está claramente vinculado con el objeto contractual e identifica un aspecto

de las proposiciones que incrementa sus ventajas económicas. Así lo reconoce el artículo 150.1 TRLCSP cuando cita como ejemplo de criterio legalmente correcto el relacionado con características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población a las que pertenezcan los beneficiarios de las prestaciones a contratar. A mayor abundamiento, el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24, que goza de efecto directo,[12] establece que el requisito de la vinculación se cumple cuando el criterio se refiere a cualquier momento del ciclo de vida del producto, incluido, por lo tanto, el momento en el que éste se consume.

5.4.2 Deben vincular al poder adjudicador y no permitir una adjudicación arbitraria

Resolución 18/2015

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en absoluto al poder adjudicador a la hora de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De la lectura de la cláusula 13.1 b) del pliego no se deduce que en este caso exista, salvo en el subcriterio que luego se mencionará, dicha falta de vinculación, pues se fijan, aunque sea de forma breve, los aspectos de la oferta que van a ser utilizados y desarrollados en la valoración. Debe tenerse en cuenta que es perfectamente posible que la ponderación global atribuida a un criterio sea posteriormente repartida entre varios subcriterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos, siempre que con ello no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04). Además, la cláusula 13.1 b), ciertamente escueta, debe entenderse en conjunto con la más concreta y desarrollada cláusula 9.3, la cual determina el contenido que debe tener la Memoria Técnica y Económica que se incluya en la proposición; a juicio de este Órgano, ambas estipulaciones componen un marco en principio suficiente para impedir la arbitrariedad del órgano de contratación, sin perjuicio de que el acto de adjudicación deba estar adecuadamente motivado por referencia a los criterios de valoración (artículo 151.4 TRLCSP).

A juicio de este OARC / KEAO, el único subcriterio que no cumple con el requisito de no permitir al órgano de contratación el ejercicio de una facultad arbitraria para adjudicar el contrato es el de la «explotación prevista»; dicho término describe una parte del objeto del contrato, pero no sirve como criterio de valoración, pues en nada se indica qué contenido ha

[12]Ver el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos», disponible en el siguiente enlace: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf

de tener dicha explotación para merecer una consideración positiva del comité de evaluación; en este caso, la cláusula 9.3 tampoco añade información relevante a esta mínima mención, ya que se limita a establecer que la proposición incluirá una «memoria comprensiva de los términos en los que se desarrollará la explotación», pero sin incluir ningún elemento valorativo. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar el contenido del plan de explotación, pero para ello debe establecerse, aunque sea brevemente, que aspectos del mismo van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características del plan se van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, el informe 30/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Consecuentemente, este inciso de la cláusula 13.1 b) debe ser anulado, desestimándose el motivo de impugnación en todo lo demás.

Resolución 133/2015

Procede recordar el criterio de este Órgano sobre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor; en concreto, en la Resolución 99/2015 del OARC / KEAO se contenían las siguientes apreciaciones, plenamente aplicable a los criterios impugnados:

> (…) los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, y la Resolución 18/2015 de este OARC / KEAO). El criterio debatido está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica de la Administración por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio.

En el caso analizado, el criterio «Oferta metodológica» no sirve como criterio de adjudicación, pues en nada se indica qué contenido ha de tener dicha oferta para merecer una consideración positiva del poder adjudicador, y ni siquiera se especifica qué documentación debe presentarse para evaluarlo –de hecho, no hay un pliego de prescripciones técnicas que detalle las tareas que deben realizarse, como pide el artículo 109.3 TRLCSP–. Debe matizarse que es perfectamente posible, en principio, valorar la metodología ofertada, pero para ello ha de establecerse, aunque sea brevemente, qué aspectos de la misma van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características de la metodología van a considerarse como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, el informe 30/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), requisito que aquí no se cumple (Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

Resolución 52/2017

La estipulación impugnada es la siguiente (apartado 30 de la carátula del PCAP):

> A fin de favorecer la variedad de equipamiento informático a demandantes, si las ofertas de varias licitadoras coinciden con la misma marca de

> equipamiento en alguno de los lotes, la UPV/EHU se reserva la opción de seleccionar a una única licitadora, que será la que mejor puntuación haya obtenido en el lote.
>
> En cada Lote: Si varias empresas ofertan equipamiento del mismo fabricante, se podrá pasar el turno hasta una empresa que oferte equipos de diferente fabricante.

El inciso posibilita una alteración del resultado de la licitación según se derivaría de la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el punto 30.2, y puede conducir a que una o varias empresas cuya puntuación les hubiera hecho acreedoras a la adjudicación por haber presentado una de las cuatro mejores proposiciones queden desplazadas por otras peor puntuadas pero que presentan una marca diferente. La razón para ello, mencionada en la misma literalidad del pliego, es «…favorecer la variedad de equipamiento informático a demandantes». A juicio de este OARC / KEAO, este apartado es inadmisible por varias razones:

En primer lugar, se exceptúa el principio de que la oferta seleccionada debe ser la calificada como la más ventajosa según resulte de la aplicación los criterios de adjudicación previamente señalados (artículos 1 y 151 del TRLCSP), excepción que no está amparada legalmente en precepto alguno. En segundo lugar, en contra de lo exigido en el artículo 109.4 del TRLCSP, no se fundamenta en el expediente qué ventaja vinculada al objeto del contrato y a la satisfacción del interés público aporta la variedad del equipamiento informático, motivo aducido para apoyar la estipulación, pues debe tenerse en cuenta que, al igual que sucede con la uniformidad, la exigencia de variedad de productos no se justifica por sí misma, sin que se sepa qué añade en términos de rendimiento, funcionalidades o precio (ver, en este sentido, la Resolución 007/2017 de este OARC / KEAO); el informe del poder adjudicador afirma que se trata de favorecer la existencia de ofertas de distintos fabricantes para ampliar la posibilidad de elección de los colectivos destinatarios de los equipos, pero tal argumento no es válido, porque si las necesidades de los colectivos son diferentes, ello debe implicar un reflejo en las prescripciones técnicas, en la delimitación del objeto contractual (por ejemplo, dividiendo el contrato en lotes definidos en razón de las peculiaridades técnicas que demande cada colectivo) o en el diseño del procedimiento de adjudicación de los contratos basados en el Acuerdo Marco, pero no el desplazamiento de las ofertas objetivamente mejor consideradas. En tercer lugar, el sistema de adjudicación impugnado es de uso optativo por la Administración, como lo demuestran los términos «…la UPV / EHU se reserva la opción…», sin que exista ningún elemento que delimite en qué circunstancias se puede o no hacer uso de la facultad; como ya ha señalado este OARC / KEAO en anteriores ocasiones (ver, por todas, la Resolución 078/2016), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato y le confieran una libertad de elección incondicionada, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495). El sistema impugnado está en esa situación, provocando que sea imposible controlar la discrecionalidad técnica del órgano de contratación por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujete su ejercicio.

5.4.3 Criterios discriminatorios

Resolución 120/2013

Como bien señala el recurrente, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), coincidente con la de la Junta Consultiva Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE), y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en interpretar la normativa sobre contratación pública en el sentido de entender que ésta prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (por todas, véase la Resolución 21/2013 del TACRC, el informe 9/2009 de la JCCAE y la sentencia del TJ de 27/10/2005, asunto C-234/03).

Adicionalmente, hay que señalar que el órgano de contratación no ha acreditado que la localización geográfica sea relevante para la identificación de la oferta económicamente más ventajosa o garantice una más adecuada ejecución del contrato, sino que incluso ha aceptado expresamente los argumentos alegados por el recurso y solicita la anulación de las estipulaciones impugnadas. Por todo ello, el recurso debe ser estimado.

Resolución 40/2017

El criterio secundario «Plan de Implantación en el Municipio con descripción de las instalaciones fijas de las que dispondrá» está describiendo claramente un criterio de arraigo territorial. Ni el PCAP ni el PPT hacen referencia alguna al contenido que ha de tener dicho documento pero de la redacción del criterio se deduce que se refiere a estrategias o acciones propuestas por el licitador para establecerse en el municipio de Gernika-Lumo debiendo describir en su oferta las instalaciones fijas de las que dispondrá a tal fin. Se trata de un criterio que claramente beneficia a los operadores económicos ya radicados en el municipio en detrimento de aquellos otros que, no estándolo, optan por no presentar un plan o, si deciden presentarlo con el fin de optar a conseguir los 6 puntos con el que se valora, habrán de repercutir el coste en la oferta económica, que perdería consecuentemente competitividad. En suma, se trata de un criterio que restringe el acceso a la licitación al contrato a aquellos operadores económicos que no se hallen radicados en el municipio. Adicionalmente, hay que señalar que el órgano de contratación no ha justificado los criterios de adjudicación elegidos, por lo cual no consta en el expediente la relevancia que tiene para la selección de la oferta económicamente más ventajosa o para una mejor ejecución del contrato el que la empresa se implante en el municipio, por lo que se debe estimar el recurso en lo referente a este criterio de adjudicación.

Resolución 73/2017

En su Resolución 120/2013 este OARC / KEAO afirmó que la normativa sobre contratación pública «prohíbe que el origen, el domicilio social, o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa pueda ser considerado como criterio de aptitud o de adjudicación (…)». Y en su Resolución 060/2015 se mencionaba la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea de 27 de octubre de 2005 (Asunto C-234/03, «Contse», ECLI:EU:C:2005:644), que analiza el arraigo territorial como criterio de adjudicación, conforme a la cual, excepcionalmente puede ser admitido cuando (i) se aplique de manera no discriminatoria; (ii) esté justificado por razones imperiosas de interés general; (iii) sea adecuado para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

En cuanto al primero de los requisitos, el criterio debatido se aplica indistintamente a cualquier empresa que presente una oferta, sea cual sea su origen territorial, por lo que no es, en ese sentido, discriminatorio (ver el apartado 51 de la sentencia citada). No obstante, además de cumplir este requisito formal, se debe también verificar si, en la práctica, los licitadores radicados en el municipio de Getxo pueden cumplir este requisito con más facilidad que las demás (apartado 56 de la misma sentencia). En este sentido, habida cuenta de las características del mercado al que se refiere la prestación, en el que las empresas tienden a radicar sus instalaciones en sus territorios de origen o cerca de ellos, parece claro que las empresas ya radicadas en Getxo cumplen este requisito, en la práctica, con más facilidad que las demás, siendo poco probable que otros operadores se instalen en el municipio.

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos, la justificación que obra en el expediente consistente en facilitar a los usuarios del servicio el desplazamiento hasta el albergue y fomentar las adopciones, no es bastante para sustentar la existencia de razones imperiosas de interés general, pues de la misma no se desprende su carácter de necesario para satisfacer el objeto principal del contrato, que no consiste en el citado fomento.

En cuanto a la adecuación de la medida, este OARC / KEAO considera que la necesidad que el contrato pretende satisfacer se cumple con la disponibilidad de un albergue en las condiciones y con los servicios que se prescriben en el PCT, sin que sea además necesario premiar la ubicación del albergue en Getxo; téngase en cuenta que los requisitos de tiempo de respuesta desde la recepción del aviso se pueden cumplir también utilizando el contratista una logística adecuada. En este sentido, el beneficio obtenido por las empresas que disponen de un albergue en el municipio es desproporcionado con respecto a la finalidad de recogida, custodia, alojamiento, control, destino y gestión de animales; la incentivación de las adopciones es una prestación accesoria a la actividad principal demandada y no justifica la restricción. Abundando en la desproporcionalidad de la medida, debe señalarse que el sistema de reparto de puntuación del criterio atribuye una gran ventaja a quien lo cumple respecto a quien ofrece un albergue situado a más de 32 kilómetros, que no obtiene ningún punto.

Se debe concluir, por tanto, que el criterio de adjudicación debatido beneficia de forma injustificada y desproporcionada a los licitadores que disponen de un albergue para animales en Getxo y perjudica a quienes disponen de albergues en otras localidades y sin embargo pueden cumplir las prescripciones de los pliegos, por lo que procede la anulación del criterio.

Resolución 84/2017

En síntesis, el recurrente considera que se trata de un criterio de adjudicación ilegal porque se premia el arraigo territorial de los licitadores, lo que es contrario al principio de igualdad y no discriminación. Sobre esta cuestión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-243/03, ECLI:EU:C:2005:589 (apartado

25) estableció que un criterio de adjudicación que prima el arraigo territorial solo es admisible si se aplica de manera no discriminatoria, si está justificado por razones imperiosas de interés general, si es adecuado para garantizar el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado, se observa que el criterio se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su nacionalidad o su domicilio social. También se observa que su justificación, como bien señala el poder adjudicador, responde a un interés general tal y como lo definen las normas nacionales y el Derecho de la Unión (Reglamento 1013/2006 y Directiva 2008/98), como es satisfacer el principio de proximidad, que requiere que los residuos destinados a la eliminación sean tratados en el punto más cercano posible al lugar en el que se producen; en este sentido, la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-292/12, ECLI:EU:C:2013:820, establece en su apartado 49 que la normativa europea avala que se pueda limitar la circulación de los residuos para garantizar la protección del medio ambiente. Consecuentemente, la sentencia acepta (apartado 56) que se adopten medidas de alcance general (incluidas las prescripciones de un contrato público) que limiten los traslados de residuos para aplicar el principio de proximidad; de hecho, el TJUE declara la validez de una medida más radical que la ahora debatida, como es la obligación contractual de la empresa que gestiona los residuos de trasladarlos a una planta cercana concreta, siempre que ello se justifique en razón del principio de proximidad. Finalmente, el criterio impugnado parece una medida proporcionada, ya que no es excluyente por no ser requisito de admisión, su valoración dentro de la ponderación global es relativamente reducida (un 7%), se determina en razón exclusiva de la distancia sin hacer referencia a que la planta se radique en una u otra Comunidad y la disponibilidad de las plantas no se exige en el momento de la presentación de ofertas ni se exige un título concreto de su disponibilidad por parte del licitador.

Resolución 62/2018

El recurrente considera que el siguiente criterio de adjudicación (cláusula 11) se opone al artículo 40 b) LCSP, que considera anulables las disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración:

> 1. Experiencia profesional de la persona adscrita al servicio: 85 puntos que se dividirán de la siguiente forma:
>
>   a. A la experiencia en trabajos similares de asesoría específica de urbanismo y medio ambiente en Administraciones Públicas se le asignan 30 puntos, que se calculará de la siguiente manera: a la persona que acredite mayor experiencia se le atribuirán los 30 puntos, la puntuación del resto de aspirantes se repartirá por medio de una regla de tres. Para ello previamente se asignará un punto por cada mes de experiencia a todos los licitadores.

A juicio de este OARC / KEAO, el motivo de impugnación debe ser aceptado y la cláusula anulada. No cabe que la experiencia valorada sea exclusivamente la adquirida en Administraciones Públicas, cuando la influencia en la calidad de la prestación que implica

que el personal que la ejecute haya realizado anteriormente tareas similares (artículo 145.2.2º de la LCSP) puede acreditarse también mediante servicios prestados al sector privado, igualmente afectado por la normativa urbanística o medioambiental objeto del contrato (por ejemplo, promotores, constructores, propietarios o ciudadanos en general sobre los que se ejercen las competencias administrativas sobre la materia y que pueden requerir también ayuda profesional), tal y como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 133/2015. Debe añadirse que, incluso en el caso de que el régimen jurídico aplicable no fuera el previsto en la LCSP, la cláusula sería igualmente contraria a Derecho en virtud del artículo 32 d) del TRLCSP, si bien con sanción de nulidad de pleno derecho. En cualquier caso, ambas normas no son sino una especificación del principio de igualdad de trato y no discriminación (artículo 1 de la LCSP) que, entre otras cosas, prohíbe que un criterio de adjudicación otorgue ventajas injustificadas a ofertas que aportan ventajas sustancialmente iguales.

5.4.4 Criterios sujetos a fórmulas

Resolución 70/2014

Se observa que este apartado no es propiamente una fórmula, expresada en forma matemática, sino una descripción literaria, opción admitida por este órgano resolutorio siempre que la ambigüedad en el lenguaje literario no obligue a realizar algún juicio de valor en un criterio que es precisamente de aplicación automática según el art. 150.2 del TRLCSP (ver la Resolución 69/2013).

Pues bien, en este supuesto se plantean dudas razonables a la hora de interpretar la fórmula descrita como de «proporcionalidad directa», pues no se sabe si ésta admite una única expresión matemática o no. La cláusula describe de forma clara a qué oferta se le otorgarán 55 puntos, que es la mejor oferta económica calculada según la media de los precios en días festivos y laborales ofertados, pero no así a qué oferta se le asignarán 0 puntos pues únicamente se refiere «al precio máximo aceptado según pliego.» Ahora bien, no se especifica si este precio máximo se debe calcular respecto de la media de los dos tipos máximos de licitación que figuran en el PCAP o respecto del más elevado de los dos precios máximos. Tampoco se especifica qué función o regla de proporcionalidad directa se aplicará para la valoración de las ofertas que no sean la más económica ni las que vayan al tipo de licitación, pues la expresión «la fórmula a aplicar será la de la proporcionalidad directa» resulta vaga y ambigua.

Así, entre otras interpretaciones, podríamos entender que la proporcionalidad directa se plantea como una recta que pasa por dos puntos, es decir como una función de proporción directa, como señala el recurrente. No obstante, en este supuesto nos encontraríamos que hemos de interpretar, según la dicción de la cláusula contractual, cuál es uno de los puntos, el que se pondera con 0 puntos, pues la expresión literal «al precio máximo aceptado según pliego» y la voluntad del órgano de contratación, que cuando quiere que lo valorable sea la media de los precios así lo señala expresamente, podría conducirnos a considerar que este punto son los 70 €/hora día festivo. Ahora bien, también podría interpretarse que el segundo punto se debe calcular efectuando la media de los precios máximos según el pliego, esto es, sobre 65, pero también podría entenderse que, al precio ofertado según el tipo de licitación se le valora con cero puntos, pero que al resto de ofertas se les aplica una

regla de proporcionalidad directa respecto al mejor precio ofertado, lo que, además, daría lugar a un resultado absurdo. En suma, la cláusula no describe ninguna función en concreto.

Como bien es sabido, el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.» Y, en este supuesto, la fórmula consignada en el PCAP no se halla inequívocamente expresada en términos matemáticos, siendo claro que no se ha cumplido el requisito legal para considerar que estamos ante un criterio no sujeto a discrecionalidad, pues la interpretación del texto no es unívoca y habilita al órgano de contratación a utilizar varias expresiones matemáticas basadas en la descripción, ambigua y poco exacta, que se realiza en el PCAP.

La introducción de un margen de apreciación (el que permite elegir una u otra fórmula) en un criterio definido como no sujeto a juicio de valor conlleva la nulidad del criterio por infracción del principio de igualdad, ya que se abre la posibilidad de un trato discriminatorio (artículos 62.1 a) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y 32 a) del TRLCSP).

Resolución 65/2014

El artículo 150.2 TRLCSP establece que «En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. (…).» El criterio cuya aplicación impugna el recurso, «Plazo de garantía», está configurado en la carátula del PCAP como uno de estos criterios. Su característica principal es la ausencia total de apreciación subjetiva en su aplicación a la valoración de las ofertas; dicho de otro modo, la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula matemática. Como es bien sabido, el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.»

Consecuentemente, no cabe otra posibilidad, en el caso analizado, que la pura y simple aplicación en sus propios términos de la fórmula establecida en los Pliegos. Dicha fórmula establece que los parámetros GL y GA se refieren, respectivamente, a la garantía ofertada por el licitador y a la garantía ofertada más alta y no a las ampliaciones sobre la garantía mínima exigida. La interpretación propuesta por el poder adjudicador no puede ser aceptada igual que no puede ser aceptada ninguna otra, puesto que se trata de una cuestión que, por los motivos expuestos, no está sujeta a interpretación. Por todo ello, el recurso debe ser estimado.

Resolución 138/2015

Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe recordarse que la doctrina de este Órgano sobre este tipo de criterios (ver las Resoluciones 65/2014, 70/2014, 97/2014, 39/2015 y 76/2015) establece que su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura

y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos. En el caso analizado, la citada fórmula pretende valorar el «poder de resolución ofertado por el licitador», y no hay ninguna mención en la fórmula a que dicho poder deba medirse por referencia a una masa concreta. El criterio de adjudicación, además de la fórmula y la descripción de sus componentes, incluye una aclaración expresada parcialmente de modo literario «(≥ 35000, especialmente para analitos con masa entre 300 y 700 Da)», es decir, no en lenguaje matemático, con el riesgo de ambigüedad que ello supone (ver las Resoluciones 69/2013 y 70/2014 del OARC / KEAO). Esta aclaración expresa que debe alcanzarse ese valor para ese intervalo de masa para poder conseguir alguna puntuación, cosa que en ningún momento se ha puesto en duda para la oferta del recurrente, pero no que la fórmula deba aplicarse sobre ese rango, pues ello no consta ni en la literalidad de la fórmula ni en la definición de cada uno de sus componentes; entender otra cosa llevaría a una aplicación arbitraria e insegura de un criterio que debe ser automático, ya que el uso del término «especialmente» deja abierto un margen interpretativo sobre en qué otros casos puede ser el valor mínimo de 35.000 FWHM preceptivo o no para otros rangos de masa distintos del expresamente mencionado. Hay que señalar que el escuetísimo Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) afirma que «el poder de resolución mínimo del espectrómetro de masas es de 35.000 FWHM», sin relacionarlo con ninguna masa concreta, y que en otro apartado establece que «se priorizará un rango del analizador de masas inferior a 2.000 Da», valor diferente al establecido en el punto 30.2.1 c) de la carátula del PCAP y que tampoco es preceptivo sino solo «prioritario» y que, por cierto, el recurrente satisface, ya que su aparato alcanza los 140.000 FWHM con 50 Da. Consecuentemente, la aplicación del criterio no admite otra solución que considerar que el poder de resolución que se pretende valorar es el ofertado por el licitador, sin que quepa referenciarlo o adaptarlo a una masa concreta. A esta conclusión debe añadirse que, como se ha dicho al principio de este Fundamento de Derecho, no cabe discrecionalidad alguna en los criterios automáticos, por lo que no es válido, como pretende el poder adjudicador, que la opción de aplicación de la fórmula elegida al recurrente es la más correcta, pues no existe tal capacidad de elección. Finalmente, llama la atención que el informe del poder adjudicador mencione, como uno de sus argumentos, la utilidad de uno u otro aparato para cumplir con la investigación que se desea llevar a cabo con el suministro, cuando dicho proyecto no se menciona en los pliegos o en la documentación preparatoria del contrato, como pide el artículo 22.1 TRLCSP.

Resolución 131/2016

Este criterio de adjudicación, evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, adolece a juicio de este OARC / KEAO de dos vicios: en primer lugar, la puntuación a obtener es fija y conocida de antemano por todos los operadores económicos según el número de terminales o dispositivos de videovigilancia que se oferten, eliminando un elemento consustancial a todo criterio de adjudicación que es el de la incertidumbre sobre el comportamiento de los demás licitadores, lo cual es contrario a la competencia (en este sentido, ver Resolución 47/2016); en segundo lugar, porque todo criterio de adjudicación ha de comportar una ventaja económica y, comparado el importe económico de la totalidad de los bienes cuya oferta otorga el máximo de las puntuaciones (19.200 €), según valoración del recurrente que no ha sido puesto en duda por el poder adjudicador, con el presupuesto de licitación (3.223.676,20 €), es indudable que los operadores económicos, si quieren mantener sus oportunidades de obtener el contrato, se verán obligados a presentar una oferta por el

número máximo de bienes a los que se asigna la máxima de las puntuaciones, de tal manera que el criterio pierde una de sus finalidades, que es la de comparar ofertas en condiciones de competencia efectiva (considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, el recurso ha de ser admitido en lo que a este criterio se refiere.

5.4.5 El precio como criterio de adjudicación

Resolución 121/2013

Respecto a la valoración de los precios unitarios máximos establecidos, se impugna que exista un límite conocido previamente, superado el cual no se recibirá puntuación adicional. El apartado debatido del documento descriptivo dice lo siguiente:

> Se asignará 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo establecido, hasta el máximo de los puntos establecidos en cada uno de los criterios» (fórmula aplicable para la valoración de los precios unitarios de los préstamos, unidades de custodia externa y digitalizaciones).
>
> La fórmula matemática a aplicar en el criterio de precios por integración se determinará en función de las soluciones ofertadas y elegidas en la fase de diálogo aplicando 1 punto por cada 1% de disminución respecto al precio unitario máximo o global establecido tras el diálogo con los candidatos y hasta el máximo de los puntos establecidos en el criterio» (fórmula aplicable para la valoración del precio por integración).

El sistema de puntuación es, como bien explica el recurso, inaceptable, principalmente por ser contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP). Es claro que, cuando se valora el precio de la prestación, la ventaja económica se identifica con los precios más bajos, es decir, con las rebajas que se proponen respecto al precio máximo, y que el principio de igualdad impide atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas, aunque ambas hayan superado un determinado porcentaje de descuento respecto al importe de licitación. A partir de ahí, cabe preguntarse qué sentido tiene dejar de puntuar las rebajas a partir de un límite cuando la experiencia más común enseña que las rebajas que superan ese límite siguen incrementando la ventaja económica para el comprador. Parece que la única respuesta posible es que el órgano de contratación estima que las proposiciones que ofertan precios menores que el límite no son fiables por anormales o desproporcionadas, pero tal explicación no puede admitirse, pues la temeridad sólo puede declararse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 152.3 TRLCSP), que incluye la audiencia al contratista sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida, y tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara, la eliminación de la oferta (en el caso analizado, se daría el absurdo de que una oferta que se deja de puntuar por no parecer fiable tendría la máxima puntuación). Debe señalarse que el sistema impugnado no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en

el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes). Por todo ello, este motivo de recurso debe ser aceptado y el apartado 7.3.2 del documento descriptivo, anulado.

Resolución 24/2014

Como puede observarse, la fórmula calcula en primer lugar la media aritmética de todas las ofertas, tanto en las posiciones individuales como en las agrupadas, y posteriormente otorga la puntuación en función de la desviación de cada oferta respecto de dicha media, de manera que si el precio ofertado es superior a la media (desviación positiva) se penaliza con el doble de la desviación, mientras que si el precio es inferior a la media (desviación negativa) la penalización alcanza a la desviación respecto de la media.

La fórmula, en su planteamiento, persigue beneficiar a las ofertas que más se acerquen a la media o que su desviación respecto de ésta sea la menor posible. Por el contrario, penaliza a las ofertas que se desvían de la media, aunque lo hace en distinta proporción, castigando más (el doble de la desviación media) cuanto peores son en precio, y menos (desviación media) cuanto mejores son en precio. Pero lo relevante para la resolución del recurso es que la fórmula otorga menor puntuación a ofertas que son mejores económicamente pero que se desvían negativamente de la media. En este sentido, el hecho de que las ofertas con desviación positiva tengan una mayor penalización no puede impedir que se examine si fórmulas como la controvertida evitan la adjudicación a la oferta más ventajosa.

El método del precio medio como criterio de adjudicación ha sido analizado en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013 del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (asunto T-402/06). Esta sentencia, con abundantes referencias a otras anteriores, examina dicho método desde la óptica de los principios de transparencia e igualdad de trato. Sobre estos principios afirma en su apartado 67 que « (...), el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 38, y Comisión/Chipre, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di fruta, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, apartado 49 y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Fruta, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de las Directivas (véase la sentencia Michaniki, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).»

Posteriormente, sobre el método del precio medio refleja sus conclusiones en los apartados 70 a 77, de los cuales extraemos los siguientes contenidos que «mutatis mutandi» sirven para ilustrar el caso que nos ocupa:

En el apartado 70 la sentencia señala que los licitadores eran conocedores de la aplicación del método del precio medio, tal y como se especificaba en el pliego de condiciones y en el anuncio. Pero añade que «No es menos cierto que, en esa misma fase del procedimiento de licitaciones, los licitadores no podían conocer el precio medio, ya que éste se debía calcular, al ser una media aritmética de los porcentajes de «baja» con respecto al precio de base de todas las ofertas admitidas, únicamente una vez recibidas las antedichas ofertas relativas al contrato en cuestión.»

En el apartado 73 indica que la aplicación del método del precio medio implica la necesidad de determinar a posteriori un elemento esencial, e incluso decisivo, para la adjudicación de los contratos como es el del precio medio con el que debían compararse todas las ofertas. La falta de transparencia en lo que atañe al precio medio hizo que los licitadores más competitivos se encontrasen en una situación de competencia «irracional» ya que, si querían mantener sus oportunidades de obtener el contrato se veían obligados a presentar una oferta con un precio más elevado del que hubieran podido ofrecer, a saber, una oferta con un precio correspondiente a la media previsible del precio del conjunto de las ofertas, y no la más baja.

En el apartado 74 distingue el precio medio para el cálculo de un umbral de anomalía que tiene por objeto determinar y destacar las ofertas anormalmente bajas en el sentido de las Directivas, del precio medio como criterio de adjudicación del que los licitadores no tenían conocimiento en el momento de la preparación y presentación de sus ofertas, que atañe a un elemento esencial, incluso decisivo, destinado a establecer la oferta más ventajosa económicamente. Incluso, vuelve a recordar, que el Derecho de la Unión no se opone en principio a que se utilice un criterio matemático para determinar qué ofertas resultan anormalmente bajas, siempre que se respete la exigencia de una verificación contradictoria de las referidas ofertas.

En el apartado 75 aprecia la consecuencia de que, en caso de paridad de las demás condiciones, con la aplicación del método del precio medio una oferta con un precio más elevado podría obtener más puntos por su calidad económica que una oferta más baja, en particular, cuando la primera oferta se aproximara más al precio medio.

En el apartado 76 incide en que, de acuerdo con las Directivas, la elección de los criterios de adjudicación debe estar dirigida a identificar las oferta más ventajosa económicamente y define a ésta como « (…) aquélla entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (…). Por consiguiente cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre calidad y el precio.»

Finalmente, en el apartado 77 concluye afirmando que «Si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que,

en condiciones de perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. Pues bien, en una situación como ésa, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara que otra, no puede calificase de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa.»

La conclusión a lo expuesto es que para la jurisprudencia comunitaria el método del precio medio es contrario a los principios de transparencia y de igualdad de trato. Además, como dice en su apartado 73, con este método los licitadores presentan ofertas con un precio que busca la media previsible del precio del conjunto de las ofertas y no la más baja, con lo que irremediablemente conlleva a que los pecios sean más elevados, ya que tratan de evitan las penalizaciones que conlleva alejarse del pecio medio. Incluso se da la paradoja de que ofertas con precios más altos pueden obtener la misma o mayor puntuación que otras con precios más competitivos, dependiendo del grado en cada una se posicione respecto del precio medio.

Resolución 104/2015

El artículo 150.3 TRLCSP establece los supuestos en los que procede «en particular», el empleo de varios criterios de adjudicación, y su letra f), dedicada al contrato de suministros, no es sino la especificación de un principio más general que, para todos los tipos de contrato, sienta la letra b), la cual establece que procede dicho empleo «cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.» Es decir, la adjudicación del contrato en razón exclusiva del precio más bajo es una decisión que el poder adjudicador puede adoptar cuando estime que la prestación o su plazo máximo de entrega no es susceptible de ninguna mejora que aporte una satisfacción adicional significativa que deba ser evaluada mediante un criterio de adjudicación consignado a propósito para ello. En este contexto, y más allá de su literalidad, una interpretación coherente de las letras f) y b) lleva a entender que cuando se trate de la compra de productos normalizados, como es el caso de los que son objeto del contrato, la citada normalización los uniformiza hasta el extremo de hacer irrelevante o indeseable cualquier posible variación de la misma que los licitadores puedan proponer. En el mismo sentido, no parece necesario considerar como criterio de adjudicación la reducción del plazo de entrega, bastando con que los pliegos aseguren (apartado 5.3 de la carátula del PCAP) una periodicidad mínima suficiente que garantice la regularidad del abastecimiento para el consumo ordinario y la entrega rápida de los pedidos más urgentes.

Resolución 117/2015

A ello hay que añadir que otorgar puntuación a una oferta que en nada mejora el precio de licitación (40 puntos, en este caso) es contrario al fundamento mismo de los criterios de adjudicación, que es identificar las ventajas aportadas por las proposiciones de los licitadores, ventaja que en este caso es inexistente, pues simplemente se satisface el requisito

mínimo para que la oferta no sea excluida por inaceptable, por lo que inexistente debiera ser también la puntuación. Este sistema desvirtúa la ponderación atribuida al criterio (55 puntos sobre un total de 100 posibles), pues es evidente que en ningún caso se superarán los 15 puntos de diferencia entre la peor y la mejor oferta, lo que es contrario al principio de transparencia al ofrecer los pliegos información, cuanto menos, engañosa. Además, dado que el peso relativo real de los criterios sujetos a juicio de valor es superior al de los criterios sujetos a fórmulas (45 puntos frente a 15), se ha eludido en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), aprovechando la ponderación meramente nominal de 55 puntos en el criterio del precio, la obligación legal de contar con el Comité de Expertos al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP.

Resolución 47/2016

El recurrente impugna la fórmula de valoración del precio empleada como criterio de adjudicación por considerar que desincentiva los descuentos, permitiendo que, de hecho, los criterios sujetos a apreciación tengan una ponderación en la adjudicación mayor que el que nominalmente les conceden los pliegos; concretamente, la fórmula es la siguiente (apartado 11.1 del PCAP):

> Se concederá el máximo de puntos a la empresa licitadora que realice la mejor oferta con una baja por encima del 12%. El resto de las ofertas recibirán puntos por interpolación, en el tramo que corresponda, en las dos rectas que se generan:
>
> | | |
> |---|---|
> | Recta A | |
> | Porcentaje de baja ofertada = 0% | 0 puntos |
> | .Porcentaje de baja ofertada = 12% | 49 puntos |
> | Recta B | |
> | .Porcentaje de baja ofertada = 12% | 49 puntos |
> | .Porcentaje de baja ofertada = máximo ofertado por encima del 12% | 51 puntos |
>
> *Ejemplo:*
>
> Oferta más baja= 13% obtendrá 51 puntos
>
> Segunda mejor oferta= 12,5%, obtendrá 50 puntos
>
> Tercera mejor oferta= 10% obtendrá 40,83 puntos»

Los aspectos más relevantes de la fórmula impugnada son los siguientes:

a) El sistema divide la valoración en dos tramos o «rectas» diferentes. El punto que divide ambos tramos es fijo, pues está calculado como un porcentaje del tipo de licitación y, al no depender del importe de las ofertas, es una constante previamente conocida por los

licitadores, que tienen la certeza de que una baja de licitación del 12% (un precio ofertado de 515.984,83 euros sin IVA) obtendrá 49 de los 51 puntos que, como máximo, pueden obtenerse en este criterio (dicho de otro modo, conocen de antemano el importe que tienen que ofertar para obtener el 96,07% de la máxima puntuación posible). Además, los licitadores conocen con certeza su puntuación, con independencia del contenido de las demás ofertas, siempre que oferten bajas inferiores al 12% (es decir, siempre que se muevan en la «Recta A»), como se especifica en la letra b) siguiente.

b) La valoración de todas las ofertas que se encuentren en la misma recta es proporcional, de forma que las puntuaciones atribuidas varían en el mismo porcentaje en el que lo hacen los descuentos. Sin embargo, la constante de proporcionalidad no es igual en ambos tramos; mientras que, en la recta «A», que puede generar hasta 49 puntos de diferencia entre las ofertas, es un valor previamente conocido (concretamente, se otorga un punto por cada 1.435,95 euros de descuento), en la recta «B», que produce una diferencia máxima entre sus extremos de 2 puntos, este dato se ignora, pues se desconoce «a priori» uno de los «extremos» de la recta, la oferta con el precio más bajo. De este modo, la proporcionalidad solo sería igual en ambas rectas si la oferta más baja fuera de 513.112,46 euros, es decir, 2.871,90 euros (1.435,95 *2) más barata que la oferta que obtiene 49 puntos (con una baja de licitación del 12,48 %).

c) La fórmula provoca que las proposiciones se limiten a ofrecer descuentos del 12% o importes muy cercanos a esta cifra, ya que así se garantizan una puntuación muy cercana a la máxima posible, sin que exista un incentivo que les obligue a mejorar su oferta más allá de ese descuento, pues por importante que fuera la rebaja, sólo podría obtener una puntuación adicional mínima. La fórmula es especialmente disuasoria para quienes pretendan ofertar bajadas superiores al 12,48 %, pues a partir de ese punto la constante de proporcionalidad entre el descuento y la puntuación en la recta B varía de tal manera que la puntuación obtenida por cada descuento es menor que la obtenida por el mismo descuento en la recta A (dicho de otro modo, obtener un punto adicional requiere hacer un descuento mayor del que se hace para obtener un punto en la recta A).

De lo anterior se deduce que la fórmula es contraria al principio de la oferta económicamente más ventajosa, ya que desincentiva que los licitadores presenten descuentos superiores al entorno del 12%. Asimismo, se infringe el principio de competencia, pues, para este criterio se elimina casi totalmente la incertidumbre sobre el comportamiento de los licitadores que dicha competencia requiere y se facilita la posibilidad de que las empresas adopten prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Finalmente, al favorecer la homogeneización de las ofertas y la concentración de las mismas en un estrecho segmento de puntuación se desvirtúa la ponderación que formalmente tiene atribuido este criterio automático (51%), lo que aumenta la relevancia de los criterios sujetos a apreciación (según el PCAP, el 49% del total), en cuya aplicación son esperables diferencias de puntuación mayores, hasta convertirlos en los efectivamente decisivos.

Resolución 143/2016

A la vista de este contenido, no hay duda de que la oferta del adjudicatario impugnado, que era la más económica al proponer el precio «0», merecía la máxima puntuación que le otorgó el poder adjudicador. Por lo que se refiere a los demás licitadores, no obtienen ninguna puntuación por efecto de la fórmula de valoración establecida, que es la que debe aplicarse porque es la que figura en el PCAP que no ha sido impugnado. A la misma conclusión se llega en el Acuerdo 61/2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y en la Resolución 2/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que el poder adjudicador cita y cuyo contenido este OARC / KEAO comparte, y de los que se desprende que, cuando un licitador oferta un precio cero para un importe objeto de evaluación, la consecuencia es que las demás empresas no obtienen puntuación en ese epígrafe.

Resolución 40/2018

A juicio de este OARC / KEAO, el criterio impugnado es inaceptable por varias razones. En primer lugar, la aplicación de la fórmula supone que todas las ofertas cuya baja de licitación supere el 10% del importe de licitación obtienen la misma puntuación, siendo indiferente en qué medida es superado dicho umbral; en otras palabras, no se premian las bajas de licitación a partir del citado porcentaje. Como ya ha señalado este OARC / KEAO en otras ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución 121/2014), este sistema, conocido como «saciamiento», es contrario a varios principios fundamentales de la contratación pública. Así, se infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa, pues no es cierto que a partir de un cierto límite los descuentos sobre el tipo de licitación dejen de aportar ventaja al poder adjudicador, y el principio de igualdad de trato y no discriminación, pues reciben igual valoración proposiciones con precios dispares. También se obvia la libre competencia, pues su mera indicación en los pliegos desmotiva a los operadores económicos dispuestos a hacer las ofertas de precio más competitivo, ya que saben que no serán valoradas, especialmente en un caso como el analizado, en el que la puntuación se determina en relación con el presupuesto base, de modo que todos los licitadores pueden conocer la puntuación que conseguirán sin incertidumbre alguna sobre cuál será la actuación de sus competidores; en particular, es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima (Resolución OARC 121/2013). Además de todo lo anterior, se observa que la fórmula está diseñada de tal forma que no todas las unidades de baja de licitación (los puntos porcentuales de descuento) tienen la misma traducción en la puntuación del criterio; por el contrario, los primeros puntos porcentuales de descuento obtienen una puntuación por cada uno de ellos mucho más alta que los últimos, de forma que se amortigua la diferencia de puntos entre las ofertas que podría resultar de la aplicación del criterio. Este factor incrementa el daño para los principios de libre competencia y oferta económicamente más ventajosa que ya se han apuntado.

Debe señalarse que, frente a las infracciones observadas, que contradicen la experiencia más común, que indica que las ofertas más bajas son mejores que las más caras, sin que eso deje de ser cierto a partir de un concreto umbral, y que los sucesivos descuentos no aportan menos satisfacción económica que los anteriores, la argumentación contenida en el propio pliego y en la respuesta del poder adjudicador no es convincente. Así, el mandato

de que el precio de licitación se ajuste al mercado no obsta para que el procedimiento de adjudicación en general y los criterios de adjudicación en particular deban buscar que las ofertas lo rebajen tanto como sea compatible con la promoción de la concurrencia y con la ejecución viable de la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2013 del OARC / KEAO). Tampoco es aceptable el argumento de que se trata de evitar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, y ello por dos razones: la primera, porque la declaración de que una oferta es temeraria no puede ser nunca automática y solo puede producirse después del correspondiente procedimiento, que incluye, entre otros trámites, la previa audiencia del contratista (artículo 152 del TRLCSP), y la segunda que la conclusión de dicha declaración es la exclusión de la oferta por considerarla de inviable ejecución; paradójicamente, siguiendo la tesis del poder adjudicador, en este caso la oferta anormal no solo no sería expulsada sino que obtendría la máxima puntuación en el criterio recurrido.

5.4.6 Criterios de apreciación imposible

Resolución 123/2013

Sentada la conclusión expresada en el fundamente jurídico precedente, debe analizarse si la infracción legal señalada en el párrafo anterior obedece simplemente a una incorrecta interpretación del pliego o si, por el contrario, el criterio debatido está afectado por un vicio originario que provoca que cualquier acto posterior del procedimiento de adjudicación basado en él esté igualmente viciado. En este sentido, el recurrente ha señalado que la garantía que el criterio exige no corresponde a las empresas de comercialización del suministro eléctrico, sino a la empresa distribuidora correspondiente, alegación que merece un análisis. De acuerdo con el artículo 9 e) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, (en adelante «ley 54/97»), los distribuidores son las sociedades mercantiles que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo; estas sociedades mercantiles no pueden realizar actividades de comercialización (artículos 11.2 y 14.1 de la Ley 54/97), y entre sus obligaciones figura prestar el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen (artículo 41.1 a) de la Ley 54/97). La actividad de comercialización se realiza por los comercializadores, que son sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores (artículo 9 f) de la Ley 54/97). De todo ello se deduce que al procedimiento de adjudicación sólo podían presentarse empresas comercializadoras, y que éstas no son las que gestionan las redes de distribución sobre cuyo regular funcionamiento trata la garantía a la que se refiere el pliego. Ello no implica, por sí solo, que las licitadoras no puedan garantizar la seguridad y continuidad del suministro; es habitual en la contratación pública que los proveedores aseguren el abastecimiento de productos que no fabrican, por ejemplo, mediante acuerdos con otras empresas que sí los elaboran, sin que se pueda dudar de la legalidad de estas estipulaciones (quedando claro que el adjudicatario es el único responsable frente al poder adjudicador del incumplimiento del compromiso de garantía, aunque su origen sea el incumplimiento por la empresa fabricante de su acuerdo con el contratista). Cabe preguntarse si es posible un acuerdo similar entre las empresas comercializadoras que licitan a este contrato y la empresa distribuidora, de modo que las primeras puedan ofrecer al órgano de contratación garantías mayores que

las legalmente fijadas para cualquier consumidor. La respuesta parece negativa, tanto por razones técnicas como por el hecho de que el distribuidor debe atender en condiciones de igualdad las solicitudes de acceso y conexión a sus redes y formalizar los contratos de acceso de acuerdo con lo establecido por la Administración (artículo 41.1 a) de la Ley 54/97 y artículos 41.1 i) y 60.4 del Decreto 1955/2000, que desarrolla la Ley 54/97).

5.4.7 Subcriterios

Resolución 127/2013

A juicio de este Órgano resolutorio, estas especificaciones previas del informe técnico, que forman parte de la motivación del acto impugnado, son consecuentes con el punto 16 del PCAP, pues no se modifica el criterio de adjudicación en él definido, no se introducen elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no consta que la decisión se haya adoptado teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24/11/2005, asunto C-331/04). En particular, no puede considerarse que el reparto igualitario entre los ámbitos de mejora de la puntuación global atribuida al criterio sea una aplicación arbitraria del mismo, ni que sea sorprendente para los licitadores, y por ello, es coherente con el principio de transparencia (artículo 1 del TRLCSP).

Resolución 60/2014

En relación con los criterios objeto de debate, se observa que guardan relación con el objeto del contrato y que han sido conocidos con la suficiente antelación para que los licitadores hayan podido preparar sus ofertas. Además, dos de los tres criterios contienen subcriterios o elementos secundarios debidamente ponderados. Incluso, se denota un esfuerzo en su desarrollo dando a conocer los aspectos que se valorarán, de forma que su aplicación en condiciones de objetividad no se presta a actuaciones arbitrarias o discriminatorias, que podrían poner en entredicho los principios de transparencia e igualdad de trato, sino que se deben enmarcar dentro de la potestad discrecional que goza el órgano de contratación en la descripción y valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

Por tanto, debe desestimarse la pretensión del recurrente sobre la posible arbitrariedad en la puntuación derivada de la falta de concreción en los pliegos de los criterios que requieren la emisión de un juicio de valor.

Resolución 36/2018

Del contraste de lo especificado en este criterio secundario de adjudicación con el informe de valoración se observa que el poder adjudicador evalúa los contenidos especificados en el propio criterio conforme a los parámetros que asimismo se detallan en el mismo (usabilidad, funcionalidad y versatilidad del servicio) de lo que se concluye que no nos hallamos ante

una nueva descomposición del criterio secundario y que lo que el recurrente considera como tal, en realidad son los contenidos sobre los que se ha de emitir el juicio de valor. En este caso, la asignación de una ponderación relativa a cada uno de ellos constituye una forma de estructurar el trabajo de examen y análisis de la oferta presentada, para lo cual se utiliza este método de valoración como se podría haber optado por otro igualmente válido como, por ejemplo, uno que asignara a cada oferta una puntuación global u otro que decidiera repartir los puntos entre los aspectos a valorar, esto es, entre la «usabilidad», «funcionalidad» o «versatilidad».

5.4.8 Consecuencias de la nulidad de un criterio

Resolución 92/2013

La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (…). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este apartado sobre el criterio declarado nulo.

Debe señalarse que, en este caso, la ponderación atribuida al criterio declarado nulo (2 puntos) es superior al margen que ha separado la oferta del recurrente de la del adjudicatario (0,34 puntos), de modo que es evidente que una configuración distinta del criterio y su consiguiente aplicación podía haber resultado en un adjudicatario diferente. Sin embargo, la nulidad habría existido también aunque no se hubiera dado esta circunstancia, y ello porque se desconoce cuántas habrían sido las ofertas y con qué contenido si, desde un primer momento, el subcriterio anulado no se hubiera incluido en el procedimiento.

5.4.9 Valoración del equipo de trabajo

Resolución 55/2015

La sentencia TJ C-601/13 anteriormente mencionada admite que el compromiso de adscripción de un equipo al contrato pueda ser criterio de adjudicación. Sin embargo, la

propia sentencia acota los límites de su admisión y los circunscribe a servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría en los que la composición del equipo es relevante. El apartado 23 de la sentencia fundamenta el motivo « (…) en el hecho de que la calidad sea uno de los criterios de adjudicación previstos en el artículo 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 20004/18, criterio que puede estar vinculado a la constitución del equipo, la experiencia y el currículo de sus miembros a los que se encarga la ejecución del contrato.»

Igualmente, el Abogado General en su alegato dice que en un contrato de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, la composición del equipo presentado es un aspecto intrínsecamente relacionado con el objeto del contrato y en particular con su calidad (30); que el criterio de las calificaciones técnicas y profesionales de los miembros del equipo encargado de la ejecución del contrato puede aplicarse cuando, por un lado, la propia naturaleza del contrato lo justifique y, por otro, el equipo que tenga encomendado su cumplimiento sea determinante para el valor económico que el poder adjudicador atribuye a cada oferta (33), que en la medida en que las características y cualidades específicas del personal constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta, la sustitución no autorizada durante la ejecución del contrato de cualquier miembro del equipo propuesto puede reducir dicho valor desde el punto de vista del poder adjudicador (35); que en los contratos de servicios intelectuales no se examina únicamente la capacidad del licitador sino también la capacidad (o la experiencia profesional) del personal al que se encomendará la prestación de tales servicios, es decir, al «personal clave» identificado en la oferta (37) y concluye que la valoración de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate, teniendo en cuenta, sobre la base de un análisis concreto, su constitución, experiencia probada y titulación u otras cualificaciones profesionales sólo es compatible con los objetivos de la Directiva 2004/18 cuando las características y cualidades específicas del personal que forma el equipo constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta sujeta a evaluación por parte del poder adjudicador.

Si examinamos la naturaleza de los servicios del contrato objeto de recurso, en la cláusula 12 del PCA-E, sobre «Condiciones de aptitud de los licitadores», se exige la clasificación en el Grupo L, subgrupo 6; grupo y subgrupo que en el Anexo II «Trabajos incluidos en cada uno de los grupos de clasificación de contratos de servicios» del Reglamento General de Desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, se define como:

> Subgrupo 6. Servicios de portería, control de accesos e información al público. Los trabajos de portería, control de accesos, tanto de personas como vehículos, así como los servicios de información en locales y edificios públicos.

El PPT en distintas partes señala que el contrato tiene por objeto los servicios de «personal auxiliar», que son precisos para la organización, gestión y explotación de las actividades culturales de las entidades contratantes. Sin perjuicio de que este Órgano Resolutorio considera que los requisitos de titulación y experiencia exigidos al personal auxiliar en el apartado 4.2 del PPT sirven para garantizar la correcta ejecución del contrato, debe convenirse que los servicios contratados no pueden calificarse como servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría en el sentido expresado por la sentencia TJ C-601/13, ni que las características del

personal del equipo constituyen un elemento decisivo del valor de la oferta.

Es de destacar, también, la relevancia que en la citada sentencia se da a la composición del equipo y a la excepcionalidad de la sustitución de sus miembros. Por el contrario, el apartado 3. del PPT prevé la sustitución del personal por incumplimiento de sus funciones y su remplazo cuando fuese necesario para cubrir bajas por enfermedad, vacaciones, permisos, licencias, accidentes, etc. Asimismo, el adjudicatario se responsabiliza de que los trabajadores adscritos a la prestación del servicio correspondiente reciban la formación adecuada formación; también el Responsable del Contrato puede ser sustituido incluso en períodos vacacionales, descansos, ausencias, enfermedades, etc. Todas estas circunstancias son impensables en un contrato en el que el equipo propuesto sirve como criterio para valorar la calidad de la oferta, donde, como dice el Abogado General en sus conclusiones, el personal identificado tiene la condición de «personal clave», sino que demuestran que las características del equipo previsto en la cláusula 14.1 b) del PCE-A no son determinantes para la ejecución del contrato.

En definitiva, este criterio pertenece al ámbito cualitativo de los licitadores, que acredita su capacidad para la ejecución del contrato, pero no para determinar la calidad de la propuesta que ayude a decidir qué oferta es la más ventajosa en relación a la calidad/precio, por no ser el equipo propuesto una característica intrínseca de la oferta directamente vinculada con la satisfacción del objeto del contrato.

Debe estimarse la pretensión del recurrente y anular el criterio de adjudicación sobre el «Equipo que el licitador adscribiría a la ejecución del contrato».

5.4.10 Cuadrante de Gartner

Resolución 25/2015

El criterio impugnado atribuye 15 puntos a los licitadores que oferten productos fabricados por empresas que figuren en el cuadrante superior derecho de GARTNER para desktops y notebook de 2013. La empresa GARTNER es una empresa consultora y de investigación de las tecnologías de la información. Los cuadrantes a los que se refiere el recurso son un sistema de evaluación de empresas que incluye criterios como su capacidad de ejecución de políticas y estrategias («ability to execute») y la integridad de su visión («completeness of visión»). Para entrar en el análisis, las empresas deben cumplir unos requisitos mínimos elegidos por GARTNER. La inserción en el cuadrante superior derecho implica que la empresa tiene la condición de líder en el segmento analizado en razón, entre otras cosas, de tener una amplia cobertura geográfica, gran presencia en el mercado y fuerte estabilidad financiera. El acceso a la información completa requiere previo registro y la compra del documento.

A juicio de este Órgano, todo ello configura un criterio de adjudicación inaceptable. En primer lugar, se refiere a un listado que no figura en los pliegos y cuyo acceso no es sencillo (ni siquiera es gratuito), lo que se opone a los principios de igualdad, publicidad y transparencia (artículo 1 TRLCSP), que exigen que los criterios que han de servir para valorar las ofertas

sean de general conocimiento para todos los licitadores. En segundo lugar, las características que llevan a la inserción en el cuadrante no se refieren a los productos a suministrar, sino a las de las empresas fabricantes, por lo que no hay una clara vinculación entre el criterio y el objeto del contrato (artículo 150.1 TRLCSP); ni siquiera hay relación con los licitadores, que pueden ser perfectamente simples comercializadores. En tercer lugar, aun suponiendo que la inserción en el cuadrante acredite un cierto nivel de calidad, no pueden descartarse las ofertas que acrediten dicho nivel por otros medios de prueba (ver, por ejemplo, el artículo 80 TRLCSP). En cuarto lugar, se está dejando la valoración de las ofertas en manos de un tercero que actúa fuera del procedimiento de adjudicación y que, en contra de los principios que se aplican en la contratación pública, no valora en pie de igualdad cualquier producto, sino solo los que cumplen ciertos requisitos por él fijados libremente, lo que perjudica, en este caso, a empresas que, por ejemplo, oferten productos de fabricantes con menos cuota de mercado o distribución geográfica; en particular, esta discriminación es contraria también a la salvaguarda de la libre competencia que debe presidir la contratación pública (artículo 1 TRLCSP).

5.4.11 Necesidad de justificación de la ponderación mayor de los criterios de evaluación subjetiva

Resolución 114/2016

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir de la aplicación de la doctrina que se deduce de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) nº 147/2015, de 31 de marzo de 2015, que anula la Resolución 007/2014 de este OARC / KEAO. En ella se sostiene que el artículo 150.2 TRLCSP permite que los criterios de adjudicación sujetos a apreciación mediante juicios de valor tengan una ponderación superior a la de los evaluables mediante fórmulas, a pesar de que la opción preferente del legislador es la contraria. Ahora bien, según la referida sentencia, esa posibilidad no puede entenderse «como una mera disyuntiva a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, de manera que sea mera facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con solo establecer que la valoración la realizarán expertos externos al órgano proponente del contrato», siendo necesario además que cuente con un «fundamento propio» la opción de dejar de lado la «decantación legal por los criterios de valoración mediante fórmulas» . Por ello, «la Administración ignora el referido precepto si se aparta de la preponderancia que el mismo establece sin una justificación específica y razonable».

En el expediente del contrato impugnado, como reconoce el informe del poder adjudicador, la única justificación de los criterios de adjudicación empleados es la escueta frase «se puntúa más la oferta técnica para asegurar la calidad del servicio» contenida en el informe de inicio del expediente. Esta mención es claramente insuficiente para cumplir el requisito de justificación adecuada de la elección de los criterios de adjudicación que pide el artículo 109.4 del TRLCSP, especialmente cuando se ha tomado una opción que, si bien es jurídicamente

posible, es contraria a la preferencia legal del artículo 150.2 TRLCSP y que además se aparta de actuaciones precedentes (artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, norma derogada pero aplicable al expediente; actualmente, la misma regulación figura en el artículo 35.1 c) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Debe señalarse que, a juicio de este OARC / KEAO, la inadecuación de la motivación no viene dada solo por su carácter genérico e insuficiente, sino porque la calidad del servicio puede conseguirse también por otros medios distintos de la primacía de los criterios subjetivos (por ejemplo, criterios matemáticos referidos a aspectos técnicos, elevación de los niveles mínimos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas o toma en consideración de esta cuestión en los criterios de solvencia técnica o en las condiciones de ejecución). A la vista de esta ausencia de motivación, y en aplicación del criterio fijado por el TSJPV en la citada sentencia, el motivo de impugnación debe aceptarse.

Resolución 131/2016

El art. 75.1.b) del TRLCSP prevé que la solvencia económica y financiera del empresario pueda acreditarse, entre otros medios, por un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

Por su parte, el art. 150.1 de TRLCSP dispone que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, enumerando a continuación una lista de ellos que aunque no puede tener la consideración de exhaustiva pues termina con una referencia a «otros semejantes», es evidente que debe servir de pauta interpretativa para determinar cuáles deben ser estos otros criterios.

La cuantía del seguro de responsabilidad civil de la empresa, que incluirá los derivados de los riesgos profesionales, es un medio de prueba para la acreditación de un criterio de selección cualitativa, en concreto de la solvencia económica y financiera que, como tal, está vinculado, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión pero no resulta pertinente su elección como criterio para identificar la oferta económicamente más ventajosa. Téngase en cuenta que estando las empresas de seguridad privada obligadas legalmente a mantener un seguro de responsabilidad civil u otra garantía autorizada de una cuantía mínima por los daños en las personas o los bienes que pudieran derivarse de la explotación de la actividad o actividades para las que la empresa esté autorizada (artículo 5.c) 6º del Real Decreto 2364/1994), el ofrecimiento de una cuantía superior no es un factor que contribuya a una mayor calidad en la prestación del servicio y, en consecuencia, al valor económico de la oferta, pues lo exigible es que no se produzcan dichos daños. Por el contrario, si contribuiría a una mayor calidad del servicio una oferta con propuestas a evitar que dicha responsabilidad llegue a materializarse (ver en este sentido las Resoluciones del TACRC 228/2011 y 290/2012). Consecuentemente, el recurso ha de ser admitido en lo referente a este criterio de adjudicación.

5.4.12 Criterio de adjudicación que versa sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación

Resolución 23/2017

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que, siempre que se mencione en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, como ocurre en el asunto que nos ocupa, un criterio de adjudicación puede versar sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación (STJUE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00 ECLI:EU:C:2001:553, apartado 38) y, en este sentido, ha considerado admisible como criterio de adjudicación el de la seguridad del abastecimiento de un producto (STJUE de 28 de marzo de 1995, C-324/93 ECLI:EU:C:1995:84). Consecuentemente las alegaciones efectuadas por el recurrente acerca de que la oferta seleccionada no es la económicamente más ventajosa deben ser desestimadas pues la adjudicación se ha efectuado sobre la base de un criterio de adjudicación referido al valor inicial del contrato, establecido de esta forma en los pliegos de la licitación y conocido por los licitadores que han presentado su oferta.

5.4.13 Evaluación de que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación

Resolución 105/2017

Por otro lado, la justificación de la atribución de la puntuación se ampara en que no se detallan en la proposición del recurrente las características de los envases, por lo que no hay garantía de que los productos cuya utilización se propone estén disponibles en envases que cumplan el criterio. Este argumento no es aceptable; por muy escueta que sea la descripción aportada, la oferta establece literal e inequívocamente que «(…) se emplearán envases que no sean de plástico halogenado (…)», lo que es un claro compromiso contractual acreedor de un punto, según se ha señalado en la letra anterior, igual que sería merecedor de un reproche de incumplimiento contractual si llega a ser contratista y no lo satisface. Si la Administración deseaba que el cumplimiento del criterio se acreditara de alguna forma concreta (ficha técnica o muestras, por ejemplo) debió exigirlo así como parte del procedimiento de evaluación, como pide el artículo 67.4 de la Directiva 2014/24, que establece que los criterios de adjudicación «irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación», precepto que goza de efecto directo (ver, por ejemplo, el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos», elaborado por los tribunales administrativos de recursos contractuales)[13].

[13]Disponible en el siguiente enlace: http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf.

Al no constar en el PCAP prescripción alguna al respecto, el poder adjudicador no puede considerar insuficiente el claro compromiso aportado, sin perjuicio de que, en su caso, se vigile su cumplimiento en el periodo de ejecución del contrato.

5.4.14 Diferencia con los criterios de solvencia

Resolución 40/2017

En lo que respecta a la «Descripción y detalle de la maquinaria, vehículos, y medios auxiliares adscritos a la realización del contrato exponiendo las características técnicas y modelos», hay que señalar que es ampliamente conocido que la normativa de contratos públicos establece una neta distinción entre los criterios de verificación de la aptitud (entre los que se encuentran los de solvencia económica, financiera y técnica o profesional), que se refieren a las cualidades del contratista, y los de adjudicación del contrato, que están relacionados con las cualidades de la prestación que ofrece, debiendo ser valorados los unos y los otros en momentos diferentes del procedimiento de adjudicación del contrato (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40, y de 12 de noviembre de 2009, asunto C-199/07, ECLI:EU:C:2009:693). Pues bien, el criterio recurrido se puede subsumir sin excesivas dificultades en el medio probatorio de la solvencia técnica a exigir en los contratos de servicios que figura en el art. 78.h) del TRLCSP, el cual se refiere a «Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.» Consecuentemente, por ser un criterio de verificación de la aptitud para contratar, no procede su valoración como criterio de adjudicación, como expresamente señala el artículo 58.1 de la Directiva 2014/24; adicionalmente, hay que señalar que entre los criterios que se mencionan a modo de ejemplo en el art. 67.2 de la citada Directiva no figuran aquéllos que valoren los medios materiales o técnicos de los que dispone el licitador.

5.4.15 Diferencia con las prescripciones técnicas

Resolución 20/2018

El recurrente plantea la falta de motivación del acto recurrido. Este motivo de impugnación debe aceptarse. El informe técnico que sustenta la adjudicación se limita a reproducir los criterios y subcriterios de adjudicación discrecionales establecidos en los pliegos y a señalar, para cada uno de ellos y en las tres ofertas presentadas, la mención «Sí, cumple»; se da la circunstancia de que todas las proposiciones han sido valoradas con la máxima puntuación, lo que es tanto como decir que el criterio no ha marcado ninguna diferencia y que la adjudicación se ha decidido, de hecho, por las puntuaciones atribuidas en los criterios sujetos a aplicación mediante fórmula, especialmente el precio, ponderado con un 55% de

la puntuación total máxima. Es significativo el párrafo final del citado informe técnico, que concluye que «recepcionada y examinada la documentación técnica presentada en este procedimiento abierto, esta Dirección de Asistencia Sanitaria considera que los laboratorios GENFARMA LABORATORIO, S.L, MERCK SHARP & DOME DE ESPAÑA, S.A. y TEVA PHARMA, S.L.U. satisfacen las condiciones contempladas en el Pliego de Bases Técnicas del expediente reseñado»; en el mismo sentido, el propio informe en el que Osakidetza responde al recurso especial admite que la expresión «Sí, cumple» se remite a la motivación incluida en detalle en los criterios descritos en el PPT.

Este modo de justificar la adjudicación no procede por varias razones. En primer lugar, no se puede considerar válida una motivación que no hace referencia alguna a las circunstancias del material analizado (en este caso, las características de la oferta); la razón de esta afirmación es que si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico (ver las resoluciones del OARC / KEAO 52/2013, 93/2013 y 8/2014). En segundo lugar, la función de los criterios de adjudicación es comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa, lo que los diferencia de los criterios de solvencia, que sirven para establecer si el licitador cumple o no los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permitirían ejecutar adecuadamente el contrato, o de la determinación de cumplimiento de las prescripciones técnicas, que se produce igualmente tras una evaluación de la oferta en relación con el PPT sin que haya comparación con las demás proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2013 del OARC / KEAO y los Considerandos 90, 92 y 104 de la Directiva 2014/24/UE). Al confundir abiertamente la apreciación del cumplimiento de las prescripciones técnicas con la aplicación de los criterios de adjudicación, el poder adjudicador ha vaciado de contenido estos últimos y les ha privado de virtualidad alguna, convirtiendo el procedimiento, de hecho, en un sistema de adjudicación en el que solo el precio es decisivo. Por lo tanto, debe anularse el acto impugnado, ya que se basa en una evaluación de los criterios que no se ajusta a la legalidad.

5.4.16 No hay necesidad de que en los pliegos conste el método de valoración

Resolución 36/2018

En relación a esta cuestión, cabe afirmar que ni de la jurisprudencia ni de la normativa de contratos del sector público se desprende la obligación de que el poder adjudicador comunique a los posibles licitadores, mediante publicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración que va a utilizar para evaluar y clasificar las ofertas según los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa establecidos previamente en sus pliegos rectores. Por otro lado, un comité de evaluación debe disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, puede, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de

licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido, STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartado 27, 28 y 29). No se debe olvidar que nos hallamos ante la aplicación de un criterio sujeto a juicio de valor, en el que el órgano de contratación cuenta con un margen de discrecionalidad amplio para su apreciación.

5.4.17 Umbrales eliminatorios

Resolución 127/2018

MONTTE impugna el siguiente apartado de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

> Umbral mínimo de puntuación necesaria para continuar en el proceso selectivo: Los licitadores que no consigan 35 puntos en la oferta técnica no pasarán a la fase económica.

Sobre este motivo de recurso, el OARC / KEAO planteó la cuestión prejudicial señalada en el Antecedente de Hecho tercero; el correspondiente procedimiento finalizó con el dictado por el TJUE de la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752, cuya parte dispositiva declara lo siguiente:

> 1. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio.
>
> 2. El artículo 66 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes.

5.5 PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

5.5.1 Barreras de entrada a la competencia

Resolución 116/2014

El artículo 117.2 TRLCSP establece que «Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.» De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

A la vista de la impugnación y de las alegaciones del poder adjudicador, se observa que la descripción del lote 10 se identifica con un producto concreto (SURGIFLO), con unas características concretas de volumen de presentación y origen porcino de la gelatina que entra en su composición; dicha descripción excluye productos como FLOSEAL, comercializado por la recurrente. Por ello, parece evidente que la prescripción impugnada impone un obstáculo al acceso al procedimiento de adjudicación. En lo referente a la segunda condición, es llamativo que el poder adjudicador no justifica claramente que las prescripciones técnicas atacadas sean estrictamente necesarias para la utilidad de la prestación contratada. Así, su informe pondera las ventajas de la solución técnica por la que opta el PPT en comparación con la del recurrente (menor coste total real por paciente, p.ej.), pero no llega a decir que la primera es la única que satisface el objeto del contrato; por el contrario, se acepta expresamente que ambas son similares en varios aspectos e incluso se reconoce que se trata de una cuestión discutida y discutible. Dicho de otro modo, y como bien señala el recurso, se trata de argumentos propios de la valoración de dos ofertas para determinar cuál de ellas es la más ventajosa –cuestión que se dirime en un momento posterior aplicando los criterios de adjudicación–, pero no se justifica que la opción técnica elegida sea ineludible. Solo en un caso se da un argumento que puede apoyar la exclusión del lote 10 de los productos elaborados con gelatina bovina, cuando se advierte de los riesgos de aparición de respuesta inmune o riesgo de infección del «mal de las vacas locas» derivado del uso de este componente. Sin embargo, esta afirmación no es aceptable, ya que tal reproche es incompatible con el artículo 4.1 del Real Decreto1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, que establece que los citados productos solo pueden comercializarse si no comprometen la seguridad y la salud de los pacientes. A partir de

ahí, contando FLOSEAL con el marcado CE, al que se refiere el artículo 12 del citado Real Decreto7 como requisito necesario para que un producto se ponga en servicio, no cabe que el poder adjudicador atribuya al producto, con carácter general, los efectos adversos mencionados hasta desvirtuar la garantía de seguridad que aporta el marcado. Por otro lado, el reproche es contradictorio con que la propia Administración reconozca que utiliza gel sellador con componente bovino para otros servicios quirúrgicos.

Finalmente, la advertencia de consecuencias tan graves derivadas del uso de un producto comercializado debiera suponer su exclusión del mercado, sin que conste que Osakidetza haya activado esta opción (artículo 8 de la Directiva 94/32, sobre productos sanitarios). Consecuentemente, debe concluirse que las prescripciones técnicas impugnadas son obstáculos injustificados a la libre competencia, por lo que deben anularse.

Resolución 63/2015

Se impugna la especificación técnica relativa a «la detección del tiempo del retorno venoso para favorecer el vaciado venoso máximo» por entender que se infringe el artículo 117.8 TRLCSP, que prohíbe que las prescripciones técnicas aludan a una patente determinada. Hay que decir que el apartado 5 del PPT no menciona ninguna patente, sino que la prescripción impugnada se describe en términos abstractos y por referencia a una funcionalidad, como permite el artículo 117.3 b) TRLCSP (ver, en este sentido, la Resolución 73/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, referida a un caso prácticamente idéntico al que ahora es objeto de recurso). Por otro lado, queda claro que se pretende garantizar un aspecto nuclear y no meramente accesorio de la necesidad a la que el contrato responde, pues afecta a la eficacia y seguridad de la terapia, por lo que no puede considerarse desproporcionada su inserción como prescripción obligatoria y no solo como criterio de adjudicación.

Resolución 68/2015

Si la prescripción técnica que limita la antigüedad de la aeronave no puede basarse en un criterio de seguridad es evidente que su exigencia limita la libre concurrencia pues empresas con aeronaves que cumplen con los requisitos de aeronavegabilidad y que, por lo tanto, son seguras, encuentran una barrera de acceso que no se halla convenientemente justificada.

No ocurre lo mismo con el criterio de adjudicación referido a antigüedad de la aeronave inferior a cuatro años que, aunque no es recurrido, conviene señalar su pertinencia pues se justifica en la mejora de las prestaciones mecánicas y asistenciales de la aeronave.

Resolución 136/2015

De las afirmaciones y documentos aportados por las partes en el procedimiento de recurso especial, en lo que se refiere a la prescripción «Airbags frontales y de cortina (Windowbag). para conductor y acompañantes», se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) La constatación de que la exigencia de esta prescripción no obedece a un objetivo concreto es la afirmación contenida en el informe del poder adjudicador de que su incorporación obedece a «la reiterada oferta realizadas en mejoras por parte de las licitadoras en anteriores concursos (…)».

b) De la circunstancia de que el poder adjudicador en su informe se refiera a que esta prescripción técnica únicamente se halla disponible en tres modelos de vehículos se deduce que ésta no es una prestación comúnmente ofertada por los fabricantes en sus vehículos, sino de un sistema adicional de protección en determinados modelos de ciertas casas fabricantes, por lo que se puede concluir que la prescripción solicitada va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo pues los modelos que operan en el mercado y que no disponen de ésta solución concreta también cumplen con la normativa técnica de seguridad.

c) A pesar de que la finalidad alegada es genérica de seguridad de los trabajadores y pacientes, la prescripción hace referencia a un sistema concreto de seguridad impidiendo que se puedan presentar ofertas con vehículos que presentan unas funcionalidades similares a la denunciada pero basadas en soluciones técnicas diferentes a la solicitada.

En lo concerniente a la prescripción «Sistema que permita el mantener el motor de la ambulancia arrancado sin llave de contacto puesta, permitiendo deja el vehículo cerrado con las luces de emergencia funcionando y demás sistemas conectados sin que consuma batería» se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) La prescripción está descrita en términos de exigencias funcionales pero se desconoce a qué finalidad obedece pues la referencia genérica a la seguridad de los trabajadores y de los pacientes que realiza el poder adjudicador es predicable de todo el contrato, pero no indica el objetivo que persigue alcanzar mediante su exigencia.

b) El poder adjudicador alega que esta prescripción es ofertada por varias casas fabricante (no especifica cuáles) y que, en todo caso, los vehículos ofertados pueden ser carrozados con el fin de que cumplan con las exigencias del PPT, pero este OARC / KEAO considera que esta exigencia va más allá de lo necesario cuando se deduce, de las afirmaciones y documentos aportados por las partes en el procedimiento de recurso especial, que no se trata de una opción ampliamente ofertada en el mercado y se desconoce el objetivo que se pretende alcanzar con ella; cuestión básica para realizar un juicio de idoneidad y proporcionalidad para concluir si nos hallamos ante una exigencia caprichosa o, por el contrario, necesaria.

Además, la exigencia conjunta de ambas prescripciones supone una barrera que impide acceder a la licitación a ofertas económicamente ventajosas. Téngase en cuenta que el poder adjudicador puede configurar un procedimiento de adjudicación en el que puede valorar positivamente la oferta de vehículos que incorporen prescripciones que no se ofertan de forma ordinaria en el mercado sin que para ello sea necesario establecerlas como obligatorias.

Por estas razones, este OARC/KEAO considera que se han solicitado unas especificaciones demasiado estrictas para la consecución de la finalidad del contrato, que es el transporte sanitario por carretera.

SÉPTIMO: La nulidad de estas dos prescripciones ha de suponer la nulidad de los pliegos rectores del contrato así como la de todo el procedimiento de adjudicación habida cuenta de la importancia de la parte viciada (art. 64.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común).

Resolución 7/2017

Este OARC / KEAO ha señalado en anteriores ocasiones (ver, por todas, su Resolución 116/2014) que para que se pueda considerar que una prescripción técnica es ilegal por suponer una barrera de entrada ilegítima deben cumplirse dos condiciones: la primera, que se trate de una característica que no puedan cumplir todos los operadores potencialmente interesados en la licitación, y la segunda, que se trate de una exigencia arbitraria o desproporcionada que no se justifica por el correcto cumplimiento del objeto del contrato. En el caso analizado, no hay duda de que la primera condición se cumple pues, como el mismo órgano de contratación reconoce en su informe, no todos los fabricantes están en condiciones de satisfacer el requisito de fabricar todos y cada uno de los productos solicitados (se habla de, al menos, seis marcas, lo que indica que muchas otras más, y quienes las comercializan, no tendrían acceso a la licitación). Respecto al segundo requisito, a continuación se expone el criterio de este Órgano sobre la justificación de la prescripción.

La propia cláusula impugnada se fundamenta en la necesidad de homogeneizar el parque de equipos informáticos y unificar el servicio de gestión de la garantía. Debe observarse que la «homogeneización» mediante la adquisición de una única marca no es una prescripción que se justifique por sí misma, sino que debe aportar una funcionalidad o rendimiento necesario para que la prestación satisfaga la necesidad de interés público implícita en el contrato. Además, aunque exista la citada aportación, para que la cláusula sea jurídicamente aceptable debe haber una proporcionalidad entre la ventaja conseguida mediante ella y la restricción de la competencia y la concurrencia que provoca. Ello supone que no cabe una restricción muy significativa del acceso al contrato a cambio de la obtención de un beneficio pequeño y que si dicho beneficio se puede lograr por otro medio menos lesivo para la concurrencia, debe optarse por este último; ese sería el caso, por ejemplo, de objetivos que pueden obtenerse mediante el señalamiento de prescripciones técnicas tan exigentes como sea preciso pero enunciadas de modo abstracto y general, de modo que sean los licitadores los que decidan si los cumplen ofertando productos de uno o varios fabricantes.

Resolución 84/2017

A la vista de lo anterior, parece claro que la legislación aplicable impone como requisito específico para llevar a cabo los traslados de residuos la presentación de una notificación previa ante los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de origen y de destino al menos diez días antes de que se efectúe el traslado o, en su caso, el primer traslado si se trata de traslados múltiples; la acreditación de haber presentado la notificación previa

es suficiente para operar el traslado si los órganos competentes citados no han solicitado información complementaria o subsanación de errores o si no han manifestado su oposición al traslado. Igualmente, es claro que la cláusula impugnada pide un «pronunciamiento favorable» de los órganos competentes, término que hace referencia a un acto expreso en el que éstos muestren su conformidad con el traslado. A juicio de este OARC / KEAO, la estipulación no es solo contraria a la norma porque pide un requisito distinto (y de más difícil obtención) que el legalmente establecido, sino porque el Real Decreto 180/2015 ni siquiera prevé expresamente que las Administraciones que tramitan la notificación deban dictar el acto de conformidad que piden los pliegos, lo que podría convertir su exigencia en un requisito de cumplimiento prácticamente imposible. Además, debe tenerse en cuenta que el requisito no se exige al contratista como condición de ejecución, sino al licitador como criterio de admisión, y que su omisión supone la exclusión de la oferta, lo que lo hace especialmente lesivo para la libre concurrencia a la contratación. Por todo ello, la cláusula impugnada, al exigir un requisito específico distinto y más difícil de conseguir que el legalmente establecido para desempeñar la prestación contratada, es contraria a los principios de libre acceso y libre competencia (artículo 1 del TRLCSP) y debe anularse.

Resolución 82/2018

Con respecto a la segunda cuestión, es cierto que, a pesar de la nutrida concurrencia al contrato, podría darse el caso de que las prescripciones denunciadas perjudicaran de manera injusta al recurrente e incluso únicamente al recurrente y a ninguna otra empresa, lo que bastaría para su anulación. Sin embargo, el recurso no acredita en ningún caso la existencia de una «barrera de entrada»; en particular, no consta que se haya impedido ilegítimamente a Planet Power la presentación de una proposición. Según una reiterada doctrina de este Órgano, para considerar que existe un obstáculo injustificado al acceso a la contratación, es preciso que se trate de una especificación que fije requisitos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría un impedimento para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, siempre y cuando dicho requisito sea arbitrario, es decir, no estrictamente exigido por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, el PPT no permite (ver, por todas, la Resolución 111/2017 del OARC / KEAO). Aunque la recurrente señala las similitudes entre el PPT y las fichas técnicas de CARANDINI, lo cierto es que no indica en ningún caso qué prescripción concreta se considera arbitraria por no ser relevante para satisfacer el interés general implícito en el contrato o por impedir el acceso a soluciones técnicas distintas de las prescritas pero igualmente adecuadas para dicha finalidad. A este respecto, este Órgano considera muy relevante que, como se afirma expresamente en el recurso, Planet Power ha presentado una oferta a la licitación; dado que, en principio, hay que suponer que dicha proposición se ha presentado con la intención de obtener el contrato, lo que requiere el cumplimiento del PPT (ver, por todas, la Resolución 51/2018 del OARC / KEAO), se trata de un importante argumento adicional para sostener que no se ha acreditado la existencia de ninguna barrera de entrada contraria a los intereses de la recurrente. Igualmente, debe señalarse que tampoco se alega que las prescripciones faciliten de otra forma la adjudicación a productos de una marca o procedencia determinada, por ejemplo, mediante el uso ilegítimo de los criterios de adjudicación.

5.5.2 Etiquetas y certificados de calidad

Resolución 97/2013

La controversia versa sobre el alcance de una de las características técnicas exigidas a los productos en la cláusula 2 del PPT, concretamente, la referida a los certificados medioambientales, que está redactada en los siguientes términos:

> 2. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS PRODUCTOS OFERTADOS
>
> (…) Los productos ofertados deberán contar con los siguientes certificados medioambientales:
>
> - Ángel azul (Der Blaue Engel)
> - LGA: comprueba las emisiones de las impresoras láser y el contenido de sustancias nocivas (níquel, mercurio, cobalto) en los módulos de tóner. Los productos con sello LGA protegen la salud del usuario.

En lo que respecta al primero de los certificados exigidos, el Ángel Azul (Blauer Engel) (www.blauer-engel.de) señalar que es en el tiempo la primera etiqueta ambiental para productos y servicios y fue creada por iniciativa del Ministerio Federal del Interior alemán y aprobado por los ministros del medio ambiente del gobierno federal y los Estados federados en el año 1978. Establece el estándar para los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente, que se deciden por un jurado independiente de acuerdo a criterios definidos. Además de los criterios ambientales, incorpora los de calidad, seguridad, consumo de energía y otros.

Por su parte, LGA (Landesgewerbeanstalt Bayern) (http://www.lga.de/lga/en/company/index_company.shtml) es una corporación de derecho público que presta servicios principalmente relacionados con la realización de pruebas y análisis, consultoría, certificación y formación. En el PPT controvertido se explica cuál es la finalidad de este certificado medioambiental, que no es otro que comprobar las emisiones de las impresoras y el contenido de determinadas sustancias nocivas en los módulos de tóner.

El PPT, a través de la exigencia de las citadas certificaciones, está definiendo el objeto del contrato ya que se refieren a un requisito relativo a las características medioambientales que deben cumplir los bienes a suministrar, de lo que se concluye que nos hallamos ante una cláusula de definición de las prescripciones técnicas del contrato.

De forma preliminar, se ha de indicar que las prescripciones técnicas cumplen dos funciones. Por un lado, realizan una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y, de otro, exponen los requisitos mensurables que servirán para evaluar las ofertas y constituyen los criterios mínimos de cumplimiento. Si no se exponen de manera clara y correcta, acarrearán de forma inevitable la presentación de ofertas que no sean adecuadas. Tendrán que rechazarse las ofertas que no cumplan las especificaciones técnicas.

El poder adjudicador en su informe de fecha 23 de julio de 2013 reconoce expresamente que las empresas adjudicatarias carecen de los certificados exigidos en el PPT y que, debido a ello, debieron ser excluidas del procedimiento de adjudicación del referido lote 2. Una de las empresas adjudicatarias, Prosin, admite que no dispone del certificado Ángel Azul (de origen alemán) pero que dispone de otros equivalentes, el Nordic Swam (de origen nórdico) y el NF Enviroment (de origen francés), los cuales deben ser aceptados por el órgano de contratación debido al efecto discriminatorio y contrario a la competencia que supone la exigencia de un determinado certificado medioambiental procedente de un determinado estado miembro.

En este sentido, procede analizar si la exigencia de determinados certificados medioambientales como prescripción técnica está definida de conformidad con los requisitos y límites señalados en el TRLCSP. En concreto, en su artículo 117.1 se permite que éstas se definan, en la medida de lo posible, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente. El artículo 117.3 establece la forma en la que se deben definir las prescripciones técnicas, mientras que en el apartado 6, referente a las prescripciones que definan características medioambientales, dispone lo siguiente:

«Cuando se prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, podrán utilizarse prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que éstas sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas:

> Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido.

Este artículo transpone el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, cuyo considerando 29 en relación a las especificaciones medioambientales señala que:

> (…) Los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por las etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta

> ecológica (pluri)- nacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas (…).

De lo referido se puede concluir que los poderes adjudicadores se hallan facultados para definir las prescripciones técnicas conforme a las prescripciones detalladas en una etiqueta ecológica, esto es, que pueden incluir las prescripciones de la ecoetiqueta en el PPT, pero no pueden exigir una etiqueta ecológica concreta. Para facilitar el cumplimiento de tal exigencia, el párrafo segundo del artículo 117.6 del TRLCSP habilita a los órganos de contratación a indicar que los productos provistos de la etiqueta ecológica cuyas especificaciones detalladas hayan utilizado se consideran acordes con las especificaciones correspondientes. Sin embargo, este párrafo segundo no altera el alcance del párrafo primero ya que permite recurrir a la propia etiqueta ecológica de manera secundaria, como prueba de que se cumplen las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas [STJUE, de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10 (TJCE\2012114), apartado 64].

Se ha de señalar que las etiquetas ecológicas son certificaciones que se otorgan por organismos oficiales o grupos independientes a ciertos productos o servicios que durante su ciclo de vida (producción, uso y deposición) tienen un impacto ambiental mucho menor que un producto o servicio convencional. Las ecoetiquetas oficiales son desarrolladas por todos los agentes interesados (especialistas, administraciones públicas, sector privado, ONGs, etc.) y por tanto, son legítimas y coherentes ambientalmente. Para obtener una ecoetiqueta, se tienen que cumplir ciertos criterios definidos en la misma y utilizando un sistema de cálculo concreto.

Resolución 119/2014

Con todo, debe traerse en este momento a colación lo previsto en el apartado 6. del artículo 117.6 del TRLCSP, según el cual: «Los órganos de contratación podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido.»

Por tanto, las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas pueden acreditarse mediante etiquetas ecológicas y por cualquier otro medio de prueba adecuado como pueden ser un informe del fabricante o un informe elaborado por un organismo oficialmente reconocido.

En definitiva, se debe comprobar si la documentación que Manpel presenta sobre el papel Filing R Color cumple con los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Así, en la ficha técnica del papel Filing R Color se afirma que la cartulina de colores es 100% reciclado, y junto con la ficha se aporta un certificado FSC emitido por el certificador

SGS que acredita de J. Vilaseca, S.A. «La compra de celulosa FSC 100%, FSC Mix, FSC Controlled Wood, Controlada y papel reciclado pre y post consumo para la fabricación y venta de papel de impresión y escritura, soportes industriales y papeles de seguridad FSC Mix FSC Controlled Wood y FSC Recycled por el sistema de créditos. Compra venta de pasta certificada FSC 100%, FSC Mix y FSC Controlled Wood por el sistema de transferencia.» A pesar de lo dispuesto en la ficha técnica del fabricante, debe concluirse que Vilaseca fabrica papel con certificado FSC en las tres modalidades8 que se certifican –puro, mixto y reciclado–, pero este certificado no es suficiente para garantizar que el papel Filing R Color es 100% reciclado.

Presenta también un certificado Ecolabel otorgado por la Generalitat de Catalunya para el producto «Filing colores». Este certificado, correspondiente a la categoría de «papel para copias y papel gráfico», se basa en la Decisión de la Comisión, de 7 de junio de 2011 (2011/332/UE), por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al papel para copias y al papel gráfico. La Decisión en su criterio 4.- Sustancias y mezclas prohibidas o restringidas, letra c) dispone que:

> No se admite el uso de gas de cloro como blanqueador. Este requisito no se aplica al gas de cloro relacionado con la producción y el uso de dióxido de cloro.
>
> Evaluación y verificación: El solicitante presentará una declaración del fabricante o de los fabricantes de pasta de papel en la que se afirme que no se ha utilizado gas de cloro como blanqueador. Nota: Aunque este requisito es también de aplicación al blanqueado de fibras recicladas, se acepta que las fibras hayan sido blanqueadas con gas de cloro en su ciclo de vida anterior.

El requisito 2.- del punto 2. del Pliego de Prescripciones Técnicas dice que el papel debe ser totalmente libre del cloro (TCF). La diferencia entre un papel ECF y un papel TCF estriba en que en los primeros no se utiliza el gas cloro para el blanqueado de la pasta, sino dióxido de cloro. En los segundos se utilizan alternativas como el oxígeno o el ozono, eliminándose por completo el uso del cloro.

De lo dicho se infiere que la etiqueta Ecolabel acredita que el papel Filing R Color es ECF pero no TCF como se exige en el Pliego. En este sentido, las fichas de productos y servicio sobre papel de oficina que emite IHOBE, en el punto 4.1. de ecoetiquetas oficiales, sobre la etiqueta Ecolabel y el proceso de blanqueo se indica que «No se admite uso de gas cloro (ECF)».

La conclusión es que el papel Filing R Color que presenta Manpel no acredita los requisitos de ser 100% reciclado, con un contenido en fibra post-consumo ~ 65%, y tampoco ser totalmente libre de cloro (TCF).

Manpel aporta también los certificado ISO 9001:2008, sobre Sistema de Gestión de la Calidad; ISO 14001:2004, de Sistemas de Gestión Ambiental; y ISO 50001:2011 de Sistemas

de Gestión de la Energía, todos ellos concedidos a la empresa Vilaseca, que tampoco acreditan el cumplimiento de los requisitos 3.- de durabilidad superior a 100 años y 4.- de Cumplimiento de los requisitos de idoneidad técnica para impresión y fotocopia.

No puede, por tanto, estimarse la pretensión del recurrente de que el papel Filing R Color cumple con las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas.

La conclusión de que el papel Filing R Color, propuesto por el recurrente en la modalidad de DIN A4 en colores paq. 500 hojas, gramaje 160gr/m², ha sido correctamente excluido de la licitación, hace superfluo el análisis del otro motivo de impugnación referente a la afirmación de la comisión técnica de que la ficha técnica indica que la información de los productos es indicativa, sujeta a modificación.

Resolución 52/2017

La cláusula impugnada, que figura en el apartado II del PPT, con referencia a los lotes 1 y 2, es la siguiente:

> Los equipos deben estar certificados para Windows 7, Windows 10 y Linux Ubuntu con soporte LTS y posteriores.

Sintetizando las posiciones de las partes, se observa que el recurrente, aunque rechaza la exigencia de certificación por desproporcionada, no niega que, en todo caso, si el poder adjudicador quiere utilizar el sistema Ubuntu LTS, pueda pedir que el equipo sea compatible con él. Por su parte, la UPV / EHU alega que los sistemas operativos mencionados en la cláusula debatida son los corporativos del poder adjudicador, por lo que «es lógico pedir que los equipos a suministrar funcionen con nuestros sistema operativos que son el alma de los equipos», es decir, se aporta un argumento que defiende la obligación de que los equipos sean compatibles, no la obligación de que estén certificados. Esta última diferencia es relevante, pues mientras la compatibilidad es una prescripción técnica que describe una característica intrínseca de los suministros descrita en términos funcionales o de rendimiento (artículo 117.3 del TRLCSP), la certificación que piden aquí los pliegos implica que dicha compatibilidad esté, además, avalada por un tercero. De los razonamientos de las partes (especialmente de los del poder adjudicador), parcialmente coincidentes, se deduce que lo importante y suficiente para el correcto cumplimiento del objeto contractual es la compatibilidad, sin que se haya acreditado que la certificación, que puede suponer un coste u obstáculo adicional para licitadores en condiciones de ofrecer equipos perfectamente compatibles, aporte valor añadido alguno, lo que convierte la cláusula en una barrera ilegítima para el acceso a la licitación y la libre competencia (artículo 1 del TRLCSP). De hecho, en lo que supone una clara contradicción con el contenido de la cláusula recurrida, otros apartados de la documentación contractual no exigen la certificación y sí la compatibilidad (ver los apartados I y II.7 del PPT); a juicio de este OARC / KEAO, los citados apartados son los que adoptan la solución correcta y coherente con el objeto del contrato, debiendo, por el contrario, anularse la estipulación recurrida.

Resolución 114/2017

El recurrente efectúa una alegación sobre el alcance del certificado del sistema de calidad y su relación con las especificaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas y las prestaciones objeto del contrato. En primer lugar, se debe indicar que el artículo 80 del TRLCSP, que regula la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, se halla ubicado sistemáticamente en la subsección 3ª: Solvencia, de la sección 2ª: Acreditación de la capacidad para contratar del Capítulo II: Capacidad y solvencia del empresario, del Título II: Partes en el contrato del TRLCSP. Consecuentemente, la exigencia de un sistema de calidad se refiere a una característica de la empresa, por lo que, en principio, únicamente sería aceptable como criterio de determinación de la solvencia y no como un criterio de adjudicación los cuales, conforme al 150.1 TRLCSP, deben estar directamente vinculados al objeto del contrato, lo cual se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las cuales los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores (ver, en este sentido la Resolución 123/2014 de este OARC/KEAO). No obstante, los pliegos de la licitación han sido aceptados por las partes, las cuales han de acatarlos en sus términos, y en ellos la acreditación de un sistema de garantía de calidad figura como un criterio de adjudicación a acreditar por el licitador, por lo que no procede interpretar dicho criterio bajo los parámetros de legalidad de los criterios de solvencia. Tampoco cabe realizar una interpretación finalista del criterio de valoración cuya aplicación se debate pues se trata de un criterio de aplicación automática.

5.5.3 Lugar de entrega de los suministros

Resolución 41/2015

Se impugnan el sistema de entrega y recepción de los productos. Por un lado, se critica que el contrato de suministros incluya también la distribución de los productos objeto del mismo, pues es una prestación no comprendida en esta modalidad contractual. En segundo lugar, se considera que, al establecerse la entrega en centros socio sanitarios privados (concertados o no), se está infringiendo el TRLCSP, que exige que la entrega del suministro se haga precisamente a la Administración. Asimismo, se considera ilegal que la recepción la efectúen entidades, como los centros socio sanitarios que no forman parte del poder adjudicador.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, resulta imposible concebir un contrato de suministro de un bien material en el que no se figure la entrega física del producto adquirido como un aspecto de la prestación. Por ello, el artículo 292.1 TRLCSP establece que «el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas» y, en consecuencia, el artículo 297.1 TRLCSP añade que «salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.» Estableciendo la obligación de que los adjudicatarios asuman a

su cargo «el transporte de los absorbentes a los centros socio - sanitarios indicados por el Departamento de Salud» (apartado 2 del PPT; en el mismo sentido, ver también la cláusula 10 de la carátula del PCAP), el poder adjudicador no hace sino insertar en el contrato el régimen generalmente previsto en el TRLCSP, por lo que no procede aceptar el motivo de recurso. En referencia a la segunda cuestión, hay que señalar dos datos importantes: el primero, que la entrega en los centros socio sanitarios donde residen los usuarios de los productos viene claramente aconsejada por la finalidad del contrato y el interés público que pretende satisfacerse, por lo que no puede considerarse una estipulación arbitraria, y en segundo lugar, que dicha entrega no contradice ningún precepto del TRLCSP, que no exige que la entrega de los suministros se produzca precisamente en locales propios de la Administración, sino que se refiere «al lugar pactado en el contrato» (ver, por ejemplo, los artículos 292.1 y 297.1 del TRLCSP). Finalmente, como bien señala el informe del poder adjudicador, no puede confundirse la entrega de los suministros con la recepción formal de los mismos, pues mientras la primera implica simplemente el desplazamiento físico del bien hacia el lugar designado en el contrato (artículo 292.1 TRLCSP), la segunda requiere su constatación por parte de la Administración mediante «un acto formal y positivo» de conformidad con la prestación (artículo 222.1 TRLCSP). En los pliegos impugnados, la distinción entre ambas figuras es clara: mientras que la entrega requiere la puesta a disposición del centro socio – sanitario del producto y la firma por este último de una conformidad mediante la firma del correspondiente albarán (apartado 5 del PPT), la recepción se reserva a la Administración en la cláusula 4.2 a) de la carátula del PCAP, que establece que «el pago se realizará previo informe favorable o conformidad de Dirección de Farmacia con la factura que el contratista debe presentar en el registro administrativo.»

Consecuentemente, debe desestimarse este motivo de recurso.

5.5.4 Descripción de las prescripciones técnicas

Resolución 82/2018

Por lo que se refiere a la primera cuestión, se observa que, en contra de lo que sostiene el recurso, las prescripciones técnicas sí están descritas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, que es una de las formas válidas de señalarlas, de acuerdo con el artículo 126.5 a) de la LCSP. Asimismo, tales prescripciones se formulan en términos generales y abstractos y no hay en el PPT ninguna referencia a una fabricación o una procedencia determinada, a marcas, patentes, tipos u origen determinados, ni tampoco a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, por lo que no es necesario que se incluya la mención «o equivalente» (artículo 126.6 de la LCSP); tampoco se excluye la posibilidad de acreditar su cumplimiento aludiendo a las maneras previstas en las letras b), c) y d) del mismo artículo 126.5 de la LCSP, como pide el artículo 126.7 de la LCSP. Si bien son evidentes algunas coincidencias entre el PPT y la ficha técnica de los productos de un fabricante concreto (CARANDINI), ello no es un argumento suficiente para considerar que se infringe la LCSP en cuanto a la descripción técnica del producto; como ya se ha dicho, los pliegos no excluyen que cualquier proveedor que cumpla las especificaciones, sea cual sea la marca, patente, tipo u origen

de los productos, pueda presentar una oferta. En este sentido, no deja de ser significativo el hecho de que el procedimiento de adjudicación, según consta en el expediente, cuente con doce ofertas, lo que parece un claro indicio de que no se ha restringido indebidamente la concurrencia.

5.6 VARIANTES Y MEJORAS

5.6.1 Variantes: concepto

Resolución 61/2014

El artículo 147 TRLCSP establece en su párrafo 1 que «cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.» En el caso analizado, el punto 7 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es muy expresivo cuando afirma que «no procede» la presentación de variantes o alternativas. Consecuentemente, las ofertas de los licitadores que presenten variantes deben ser excluidas. Debe recordarse que las variantes, siempre que estén autorizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 147 TRLCSP, son la única posibilidad de que los licitadores presenten varias ofertas simultáneas sin que ello suponga el rechazo de todas ellas (artículo 145.3 TRLCSP). Llegados a este punto, sólo queda determinar si la propuesta del adjudicatario infringe efectivamente, como sostiene el recurrente, la prohibición de presentar variantes.

Analizada la oferta de la empresa adjudicataria, se observa que el apartado 2.7 de su oferta técnica (páginas 309 y 310 del expediente) se titula «contenedor opcional» y contiene una descripción de dos modelos, incluyendo su capacidad, dimensiones y colores, acompañándose también fotografías. Debe recordarse que el apartado 2 se titula «Modelo de contenedor» y el 2.1 «Sistema propuesto». A pesar de que la empresa ha alegado que «se apuesta en todo momento por el modelo descrito en la propuesta y simplemente se dice que hay otros modelos de contenedores que cumplen las mismas características, pero que no se contraponen al modelo propuesto ni se ofrecen como alternativa», el tenor literal de la oferta, con uso expreso del término «opcional», es muy claro y no puede llevar a otra conclusión que la de que la empresa ha querido ofrecer al poder adjudicador la posibilidad de elegir entre varias alternativas técnicas, ya que, de lo contrario, no tendría sentido que el apartado 2.7 fuera parte de la oferta. Es muy revelador que la oferta señale que «para que los STM puedan valorar mejor el tipo de contenedor propuesto, su robustez y adecuación al servicio, llevaríamos hasta las instalaciones del ayuntamiento que se nos indicase, una unidad del modelo ofrecido. Asimismo se podría llevar una unidad de los modelos propuestos como opcionales en 2.7», así como que el informe técnico que sustenta la valoración, en el epígrafe «Modelo de contenedor», mencione expresamente que el adjudicatario «plantea otros dos modelos opcionales, a tener en cuenta por los STM», lo que no deja lugar a dudas

de que el Ayuntamiento ha entendido que se le ha ofrecido una alternativa adicional en un aspecto que cuenta como criterio de adjudicación.

Análogo comentario merece la presentación de dos propuestas de diseño. En la oferta (página 305 del expediente) se dice que «se adjunta una propuesta de rotulación con dos variantes», lo que es recogido en el informe técnico de valoración como un aspecto positivo.

Por todo ello, este Órgano considera que la oferta del adjudicatario infringe los Pliegos de la licitación al incluir variantes no autorizadas, lo que debió suponer su exclusión. Consecuentemente, el recurso debe estimarse.

Resolución 22/2018

A la vista de lo anterior deben extraerse varias conclusiones determinantes para la resolución de recurso. La primera de todas ellas es que la clara literalidad del apartado 28.7 de la carátula del PCAP excluye la posibilidad de presentar variantes. Como ha señalado este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 142/2017), la variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que el poder adjudicador puede elegir una de entre ellas descartando el resto; de hecho, la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, establecida en el artículo 145.3 del TRLCSP. A partir de esta definición, no hay ninguna contradicción entre la citada cláusula 28.7 y las demás que se han reproducido más arriba. La prohibición de presentar variantes no implica que, sin alterar la descripción técnica de cada uno de los productos, caracterizada básicamente por el subtipo (CPHH1 en el lote 5 y CPHH2 en el lote 7) y la unidad de presentación (definida en el caso de los lotes 5 y 7 por una amplia banda entre los 125 y los 300 mililitros), los licitadores puedan presentar en cada lote cuantos productos deseen siempre que cumplan dichos requisitos. Hasta tal punto es así que el criterio de adjudicación «sabores» les incentiva a ello, pues premia la oferta de productos del mismo subtipo pero con códigos de presentación diferente. El órgano de contratación, como bien señala en su informe, ha querido dar a todos los productos (códigos) del mismo subtipo el tratamiento de ofertas base o únicas, y no el de variantes, ya que su intención no es poder optar entre soluciones técnicas alternativas; por el contrario, se ha pretendido disponer de todas ellas (cuantas más mejor) por entender que ello aumenta el valor de la proposición (ver la Resolución 118/2017 del OARC / KEAO, referida precisamente a este mismo contrato y, en concreto, al criterio «sabores»). Del mismo modo, la oferta de varios productos del mismo subtipo no pretende ser alternativa, sino que busca la aceptación de todos ellos. Consecuentemente, la oferta por FRESENIUS de distintos códigos de presentación pero todos ellos correspondientes al mismo subtipo del nomenclátor no infringe la prohibición de la cláusula 28.7 de la carátula del PCAP y no supone la presentación de ofertas simultáneas, por lo que ambos recursos deben desestimarse.

Resolución 32/2018

Como ha señalado este OARC / KEAO en anteriores ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución

142/2017 y las que en ella se citan),

> la variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que puede elegir una cualquiera de entre ellas; de hecho, la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, establecida en el artículo 145.3 del TRLCSP.

A la vista de esta definición, no puede considerarse que ARRIAGA haya infringido la prohibición del punto 7 del PCAP. La citada empresa no ha presentado en su proposición dos o más posibilidades alternativas de las cuales el poder adjudicador puede elegir una de ellas descartando las demás, sino que ha presentado una única opción, que es un vehículo susceptible de varias configuraciones, de modo que el Ayuntamiento pueda determinar, durante la ejecución del contrato, cuál es la más ventajosa en cada momento (de tal modo que incluso podría alterarla varias veces durante la vigencia de la relación contractual); debe aclararse que la aceptación de un vehículo con estas características no supone descartar ninguna otra opción técnica, por lo que no se puede decir que se trate de una variante. Consecuentemente, el punto 7 del PCAP no se ha infringido y el motivo de impugnación debe desestimarse.

5.6.2 Mejoras: concepto

Resolución 88/2017

El hecho de que el criterio debatido se refiera a la «mejora de la calidad o rendimientos» de determinados tipos de limpieza no significa que nos encontremos ante un supuesto de mejoras del artículo 147 del TRLCSP, por cuanto que las limpiezas sobre las que versa el criterio sí están exigidas en los pliegos y lo que se pretende es valorar la mejor metodología de calidad y rendimiento en la limpieza. En realidad, mejorar las condiciones definidas en los pliegos es un objetivo que persiguen todos los criterios de adjudicación.

5.7 OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES

5.7.1 Obligación legal

Resolución 118/2013

NOVENO: Dado que el objeto de la discusión es, en buena parte, el alcance y significado

de las cláusulas de los pliegos relativas a la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones de empleo del personal que venía ejecutando el servicio con anterioridad, es oportuno que este Órgano recuerde su doctrina general sobre la cuestión. En primer lugar, la Resolución 57/2013 de este OARC / KEAO señalaba que:

> La subrogación en los contratos de trabajo que en ocasiones se produce entre el adjudicatario de un contrato y el anterior prestador del servicio es una cuestión ajena a la legislación contractual, que regula las relaciones entre las entidades del sector público y los licitadores o contratistas, pero no las que afectan a ambas empresas o a éstas y sus empleados. Si el artículo 120 TRLCSP establece que «en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida» es porque la obligación de subrogación es un aspecto que puede ser relevante para que los potenciales licitadores decidan si les interesa o no presentar una oferta y, en su caso, con qué contenido, por lo que es acorde con el principio de transparencia informar sobre este extremo. Naturalmente, el precepto no atribuye a la entidad contratante competencia alguna para imponer una subrogación que sólo puede tener como fuente la legislación laboral (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) o los convenios colectivos, ni para conceder a dicha subrogación un alcance distinto del que prevén las citadas normas, de modo que se produzca una injerencia en las relaciones propias del contrato de trabajo o en el ámbito de organización de la empresa (por todas, ver la Resolución 292/2012 del TACRC y todas las que en ella se citan, así como los informes 31/99 y 33/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).» Posteriormente, la misma Resolución añadía que «son dos cosas diferentes cumplir con la obligación de subrogación y prestar el servicio exactamente con las mismas personas físicas, no siendo lo segundo una obligación derivada del convenio colectivo.

Por ello, debe darse la razón al poder adjudicador cuando dice que la obligación de subrogación no es una cláusula contractual sino una obligación de origen legal o convenial, y que el compromiso escrito requerido de respetar dicha obligación es, por esa razón, innecesario. Es igualmente cierto que dicho compromiso no pertenece a la oferta, por lo que mal puede considerarse que la modifica, y ello porque los pliegos no exigen que el servicio se preste con el personal al que se refiere la cláusula 28 de la carátula, sino que, por el contrario, y como bien dice el adjudicatario, permiten que cada licitador configure su oferta con los medios humanos que estime oportunos, siempre que se cumpla con las obligaciones contractuales (ver, por ejemplo, las cláusulas 16.2 de la carátula y 10 a) del Pliego de prescripciones técnicas). En consecuencia, debe desestimarse la pretensión de que el adjudicatario sea excluido de la licitación por incumplir su oferta las exigencias de los

pliegos en materia de subrogación.

5.7.2 La decisión de facilitar o no la información requerida por el art. 120 TRLCSP es revisable por OARC/KEAO

Resolución 118/2013

OCTAVO: El artículo 120 TRLCSP establece la obligatoriedad de informar en el propio pliego o en la documentación complementaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, con la finalidad de permitir a los licitadores la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Como señala una reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC; ver, por ejemplo, las resoluciones 181/2011 y 292/2012), este precepto no es la fuente de la obligación de subrogación, papel que corresponde a las normas laborales o los convenios colectivos, y su única finalidad es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta. Por ello, y aunque la obligación de subrogación existirá o no siempre según lo que dispongan las normas o convenios y con independencia de que la información que pide el artículo 120 TRLCSP figure o no en el expediente, es claro que dicho precepto impone al poder adjudicador una obligación de información que ha de cumplir diligentemente, lo cual le supone emitir un juicio sobre si existe o no alguna norma o convenio que obligue a la subrogación.

En el presente caso, los pliegos y documentación complementaria no hacen alusión a obligación de subrogación, y el órgano de contratación sostiene que ello se debe a que el convenio colectivo que la recurrente alega no incluye en su ámbito a los trabajadores de las empresas licitadoras, habida cuenta del objeto del contrato. A juicio de este Órgano, del análisis del citado convenio (II Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual para Técnicos), así como de la respuesta (no vinculante) a la consulta dada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el expediente 2010/77 (alegada por el órgano de contratación), se deduce que la actuación del poder adjudicador ha sido correcta. El objeto de la consulta era si están o no en el ámbito de aplicación del convenio las empresas que, entre otras, se dedican a la actividad de «Servicio de asesoramiento de estilismo e imagen a las personas que intervienen en programas de televisión.» Por su interés para el objeto de esta Resolución, se reproducen a continuación algunos de los párrafos más significativos de la respuesta, cuyo contenido se asume por este Órgano:

> El artículo 3 del Convenio Colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (BOE de 1 de agosto de 2009), relativo a su ámbito personal, ha previsto su aplicación a todos los trabajadores/as que ***«…presten sus servicios, mediante un contrato laboral y cualesquiera que sean sus cometidos, en las empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito del mismo…»***, dejando expresamente fuera del mismo a ***«... g) Los trabajadores/as que presten sus***

servicios en empresas que –como las dedicadas a la prestación de servicios auxiliares o complementarios a la producción audiovisual- no estánsujetas al ámbito de este Convenio, tengan suscritos contratos de obras o servicios con empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito de este convenio, aun cuando las actividades de estos trabajadores/as se desarrollen en los centros de trabajo o actividades de estas últimas».

(…)

En el régimen jurídico de los convenios colectivos, la referencia al ámbito funcional y personal de aplicación determina el sector o subsector de actividad económica de las empresas afectadas por el convenio –ámbito funcional- y el colectivo o grupo de trabajadores comprendidos en él –ámbito personal-, y junto al ámbito territorial, establecen su campo de aplicación, fijado libremente por las partes negociadoras de los convenios, en virtud de la facultad de que disponen los sujetos legitimados para la negociación de organizar las condiciones de trabajo de un determinado sector o actividad y los destinatarios de las mismas, de acuerdo con los dispuesto en el art. 83.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Es así como la actividad a la que se dedica la empresa, en la que presta servicios un trabajador, constituye el criterio para determinar el convenio colectivo aplicable, al ser la rama de la empresa, sector o subsector de actividad lo esencial para determinar el ámbito funcional, que se asienta sobre la libre elección de la unidad de negociación, que hace posible que una determinada actividad pueda estar o no incluida en el ámbito de aplicación, o excluir a determinados grupos de trabajadores (siempre que no se incurra en discriminación), conforme a lo acordado por las partes que lo negocian.

Según lo expuesto, el criterio de inclusión de una empresa en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual publicado en el BOE de 1 de agosto de 2009, será que su actividad resulte comprendida en el ámbito funcional (art. 1º) del mismo, o lo que es lo mismo, que se trate de una empresa dedicada a la producción audiovisual (excepto productoras de obras audiovisuales de cortometraje para su exhibición en salas de cine, y empresas de producción audiovisual con convenio propio que, por voluntad expresa de los negociadores, han quedado fuera de la regulación de este convenio). Asimismo, por aplicación de su ámbito personal (artículo 3º), los destinatarios de su regulación son los trabajadores de las empresas de producción audiovisual contempladas en su ámbito funcional, excluyendo a determinados colectivos de trabajadores, como el personal de alta dirección, agentes comerciales o publicitarios…, trabajadores sujetos a un contrato mercantil o civil, trabajadores que tengan el carácter de autor según la Ley de Propiedad Intelectual, actores, músicos, cantantes, orquestas etc. …, que, en virtud del principio de libertad, pueden negociar por separado su relación laboral con la empresa, alcanzando esta

> exclusión, según el apartado g) del citado artículo 3, a los trabajadores pertenecientes a empresas de servicios auxiliares o complementarios a la producción que, por razón de su actividad principal, no resultan afectadas por el convenio, al no realizar de forma simultánea y principal la actividad de producción audiovisual.
>
> Por tanto, si la norma general para determinar el convenio colectivo aplicable es la rama o actividad económica de la empresa, se estimaría que los servicios auxiliares o complementarios a la producción audiovisual solo quedarían afectados por el ámbito funcional del Convenio Colectivo de la Industria de la Producción Audiovisual cuando se presten por empresas que tienen como actividad principal la producción audiovisual, al ser ésta la actividad esencial para determinar su aplicación, lo que excluiría a las empresas de servicios auxiliares o complementarios que no lleven a cabo esa actividad.

Por todo ello, no consta norma o convenio que justifique la subrogación a la que se refiere el artículo 120 TRLCSP. Consecuentemente, el poder adjudicador no ha incumplido ninguna obligación de informar sobre datos relevantes para la confección de las ofertas, por lo que debe desestimarse este motivo de impugnación. No obstante, conviene añadir que, en consonancia con la finalidad y alcance del artículo 120 TRLCSP y las competencias del OARC / KEAO, este pronunciamiento no tiene efectos más allá del ámbito del presente procedimiento de resolución del recurso especial, del expediente de contratación al que éste se refiere y de la determinación de si el poder adjudicador ha cumplido con lo que el citado precepto le impone. En particular, no sustituye las decisiones que adopten las autoridades competentes en materia laboral ni mucho menos las de los órganos del orden jurisdiccional social, por lo que no podrá ser válidamente invocado en los posibles conflictos entre las empresas implicadas o entre éstas y los trabajadores afectados.

5.7.3 La información sobre la subrogación ha de ser veraz

Resolución 44/2014

DECIMOTERCERO: Por lo que se refiere a las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento del artículo 120 TRLCSP, debe recordarse que, en relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado (Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos

señalen al respecto. No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP.

Sentado lo anterior, deben analizarse las dos objeciones que el recurso achaca a la información que, en cumplimiento del artículo 120 TRLCSP, contiene el Anexo III del PCAP: por un lado, la falta de datos sobre las concretas condiciones de los contratos, y por otro, la indebida mención de la «minoración aproximada del 62%». Sobre la primera cuestión, debe hacerse notar que el recurrente es el anterior adjudicatario del contrato y quien está obligado, según el artículo 120 TRLCSP, a facilitar la correspondiente información. Es por ello que no puede aceptarse que pueda formular objeción alguna a la suficiencia de una información que él mismo ha proporcionado y que se refiere a una situación que sólo él conoce exhaustivamente.

El único reparo que podría plantear es que los Pliegos no consignan los datos que proporcionó al órgano de contratación y no reflejan fielmente la imagen de los costes laborales del contrato, (haciendo ver a sus competidores potenciales que la rentabilidad esperable es mayor que la real, p.ej.). Sin embargo, tal reparo no ha sido alegado en el recurso ni se deduce del expediente, por lo que el motivo de impugnación debe desestimarse.

Tampoco merece reproche la mención de que «del servicio anterior al nuevo servicio a contratar/prestar existe una minoración aproximada del 62%», minoración que se justificaría en razón de reducción del objeto del contrato, automatización y uso de medios propios, no puede considerarse, en principio, contraria a la legalidad. No se trata de una limitación al alcance de la subrogación, el cual sólo puede determinarse por el Convenio o norma laboral aplicable, sino de una advertencia a los licitadores potenciales de que la nueva configuración de la prestación puede requerir una dotación menor de recursos humanos.

5.8 CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

(Ver también la doctrina incluida en el apartado 1.4 Contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso.)

5.8.1 Suministros

Resolución 108/2016

El artículo 2.1 8) de la Directiva 2014/24/UE define los contratos públicos de suministro como «los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la

venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación.» Este OARC/KEAO considera que este artículo goza de efecto directo por ser claro, preciso e incondicionado (ver en este sentido, el documento denominado «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público» elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública), de modo que la circunstancia de que la compra de los bienes conlleve obras de instalación o montaje especificadas en precios unitarios no altera la calificación del contrato como de suministro, por lo que debe desestimarse la impugnación del recurrente sobre esta cuestión.

5.9 CONDICIONES DE EJECUCIÓN

5.9.1 Condiciones de ejecución que reiteran obligaciones legales

Resolución 64/2017

En primer lugar, debe observarse que la fuente de la obligación a la que se refiere el recurso, igual que el resto de las obligaciones laborales, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo mencionadas en la estipulación, no es el propio PCAP; por el contrario, este documento contractual se limita a recordar las obligaciones impuestas por la normativa y los convenios vigentes, a los que en varias ocasiones se remite, sin pretender en ningún momento añadir condiciones especiales de ejecución adicionales a ellas. El único contenido verdaderamente innovador es que, para las obligaciones que enumera (una de ellas, la impugnada), se exige al contratista su acreditación previa antes del inicio de la ejecución de la prestación; lógicamente, esta acreditación solo deberá producirse si el adjudicatario está vinculado por la citada obligación, cuestión sobre la que, como ya se ha dicho, nada dice el Pliego y para cuya determinación hay que acudir a la normativa o convenio aplicable. Consecuentemente, no es preciso en este momento que este OARC / KEAO entre a analizar si la obligación recurrida es o no aplicable al caso, pues ello no depende de la cláusula debatida, que no puede causar por sí sola perjuicio alguno a SAMU: si la obligación es aplicable (y por lo tanto se precise la acreditación de su cumplimiento), lo será solo porque así lo establecen la legislación o el convenio aplicable, y si no es aplicable en virtud de dichas normas, el poder adjudicador no podrá pedir la acreditación de su cumplimiento porque los pliegos no le facultan a ello. Independientemente de lo anterior, debe señalarse que no es una buena técnica jurídica que los pliegos incluyan contenidos que se limitan a enumerar obligaciones socio laborales del contratista cuya fuerza vinculante se deriva de fuentes legales o convencionales que resultarían igualmente aplicables aunque no se citaran en los documentos contractuales; así, la sentencia de 1 de septiembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Resolución 354/2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:2898, establece en su Fundamento jurídico cuarto que la introducción de dichas cláusulas «…no hace sino entorpecer la competencia de quien realmente la ostenta y crear confusión jurídica a los contratistas.» No obstante, esta insuficiencia técnica no implica, en principio, ningún vicio de invalidez, por lo que el motivo de recurso no puede aceptarse.

5.9.2 Convenios colectivos

Resolución 1/2018

En su Resolución 59/2017 este OARC/KEAO ha negado la posibilidad de que un determinado convenio colectivo pueda ser aplicable en virtud de la propia fuerza vinculante de los pliegos argumentando que «(…) Los convenios colectivos son producto de la negociación y el acuerdo entre empresarios y trabajadores (artículo 82.1 del ET), y no pueden imponerse a ambas partes por el poder adjudicador por vía contractual, sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable según la normativa laboral (y no ninguno otro) deba regir durante la ejecución del contrato, con las consecuencias legales que su incumplimiento pudiera conllevar (ver los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2016). Por otro lado, se trata de una posibilidad que también es rechazable desde el punto de vista del Derecho de la contratación pública, pues se obstaculiza la libre competencia (artículo 1 del TRLCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24). Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, «Ruffert», ECLI:EU:C:2008:189, considera contrario al Derecho de la Unión obligar a los contratistas a pagar, al menos, el salario fijado en un convenio colectivo si dicho convenio no es, según la legislación laboral, aplicable a la empresa (en el mismo sentido, ver la Resolución 1059/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC). Una estipulación como la analizada podría hacer que algunos licitadores perdieran la ventaja competitiva que les aporta abonar sueldos bajos, siempre que sean respetuosos con la normativa prevista en el artículo18.2 y el Anexo X de la Directiva 2014/24 y con el resto del derecho social y laboral mínimo necesario. En particular, se penalizaría a las empresas que se han acogido (o que pudieran acogerse después de la adjudicación) a opciones legales para incluirse en un convenio de empresa o en un «descuelgue» (pactado o no) que les garantiza un menor coste salarial que el exigido en el CISB, e incluso a las que se rigen por un convenio territorial distinto.»

En aquella ocasión se debatía la posibilidad de que los pliegos del contrato impusieran al adjudicatario un concreto convenio colectivo. La cláusula ahora impugnada es más ambigua y no especifica más que la obligación de «(…) garantizar en materia retributiva y de condiciones de trabajo el Convenio Sectorial que les sea de aplicación por razón de la actividad», pero los anteriores argumentos son igualmente aplicables al caso, ya que, de acuerdo con la legislación laboral, es posible que el adjudicatario deba sujetarse en determinadas materias a un convenio colectivo distinto del sectorial. Ese sería el caso de una licitadora que disponga de un convenio de empresa, que tiene prioridad aplicativa en ciertas materias sobre el convenio sectorial (art. 84 del ET) o el de otra licitadora que, en el marco del procedimiento de descuelgue regulado en el art. 82 del ET, está habilitada para inaplicar determinadas materias del convenio sectorial. Ambas, son medidas introducidas por el Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral cuya Exposición de Motivos afirma que «(…) responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias dela empresa.» Ello conlleva que una estipulación contractual que pretende imponer un determinado contenido a unas relaciones legal y legítimamente configuradas entre el empresario y el trabajador al amparo del ET, sea contraria al principio de libertad de pactos regulado en el art. 25 del TRLCSP, que tiene como límite el respeto al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el artículo 118 del TRLCSP dispone la posibilidad de que se establezcan condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato que pueden referirse, entre otras, a consideraciones de tipo social con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Pues bien, la obligación impuesta en el Anexo II del PPT de que en materia retributiva y de condiciones de trabajo sea aplicable el Convenio colectivo sectorial no obedece a ninguna de las finalidades a las que deben obedecer las condiciones especiales de ejecución de carácter social según el art. 118 del TRLCSP.

Consecuentemente, debe anularse la cláusula que figura en el Anexo II del PPT cuyo literal es «Los trabajadores/as de las empresas contratadas deberán tener garantizado, como mínimo, en materia retributiva y de condiciones de trabajo el Convenio Sectorial que les sea de aplicación por razón de la actividad.»

5.9.3 Condiciones de ejecución discriminatorias por indicar «arraigo territorial»

Resolución 58/2018

La recurrente impugna los dos primeros párrafos del Capítulo X del PCT, que establecen lo siguiente:

> Los licitadores deberán comprometerse a disponer, a su cargo, de locales estables y exclusivos para el Servicio de esta Contrata necesarios para el buen funcionamiento del servicio con un teléfono al menos de comunicación y esto, en plazo no superior a 30 días después de formalizar el contrato.
>
> La instalación tendrá una superficie mm1ma de tal forma que queden cubiertas las necesidades de almacén de herramienta, aperos de trabajo, guarda de vehículos, vestuarios y aseos de personal etc., estará ubicada preferentemente en el Municipio de Gernika-Lumo o, en su caso, dentro de un radio máximo de 5 km.

En síntesis, el recurrente considera que se trata de una condición de ejecución ilegal porque se premia el arraigo territorial de los licitadores, lo que es contrario al principio de igualdad y no discriminación. Sobre esta cuestión, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644 (apartado 25) se deducen los requisitos que deben reunir las condiciones que pueden impedir, o hacer menos atractivo el ejercicio del derecho a la libre prestación de servicios. Así, una condición que prima el arraigo territorial solo es admisible si se aplica de manera no discriminatoria, si está justificado por razones imperiosas de interés general, si es adecuado para garantizar

el objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Contrastados estos requisitos con el criterio impugnado, se observa lo siguiente:

- La condición se aplica, en principio, de forma no discriminatoria, ya que no diferencia en razón de circunstancias personales de los licitadores, tales como su domicilio social.

- Por lo que se refiere a su fundamentación en el interés general y la adecuación para satisfacerlo, el poder adjudicador alega que la estipulación asegura una mayor rapidez en la prestación de los servicios. A juicio de este OARC / KEAO, este argumento no es aceptable. El objeto del contrato consiste en actividades de conservación y mantenimiento, cuya frecuencia y periodificación están predeterminadas en el PCT y, en su caso, en la oferta del adjudicatario (de hecho, el calendario de trabajo propuesto es criterio de adjudicación); incluso en la limpieza de zonas afectadas por actos culturales, deportivos, sociales o de otra índole (apartado XV, página 9 del PCT), no específicamente programados, el adjudicatario debe ser preavisado como mínimo 24 horas antes. Consecuentemente, nada aporta a la ejecución correcta de la prestación que el contratista disponga de un local como el descrito, ya que el núcleo central del objeto del contrato no consiste en prestaciones cuya solicitud sea aperiódica o imprevisible o demandadas con escasa antelación respecto al momento en el que deban ser ejecutadas; por el contrario, es perfectamente posible que las satisfaga un operador económico cuyos medios técnicos y humanos radiquen lejos de Gernika – Lumo; dicho en otras palabras, del contrato no se desprende que, como alega el poder adjudicador, la rapidez en la prestación de los servicios sea un requerimiento de interés necesario para la correcta ejecución del contrato. Tampoco se entiende qué relación tiene esta cláusula con el convenio colectivo aplicable, cuyo contenido y carácter obligatorio no dependen para nada de ella.

- Por lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, debe señalarse que, ni siquiera en el caso de que se concediera que la debatida disponibilidad del local fuera necesaria para la ejecución de la prestación sería entendible el requisito, que el PCT exige, de que dicho local se dedicara exclusivamente al contrato impugnado. Este requisito va claramente más allá de lo necesario para alcanzar el fin que supuestamente lo justifica y puede afectar seriamente a los principios de competencia y libre acceso (artículo 1 del TRLCSP); téngase en cuenta que, salvo que el licitador disponga ya de un local con las características requeridas y al que no haya atribuido uso alguno, debe comprometerse a adquirir, por cualquier título que garantice su disponibilidad, un local adecuado o desalojar total o parcialmente uno del que ya disponga.

A la vista de todo ello, hay que concluir en que la cláusula recurrida es ilegal y debe anularse.

6. CUESTIONES RELATIVAS A LAS PROPOSICIONES

6.1 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA

6.1.1 Falta de firma

Resolución 44/2012

UNDÉCIMO: En el informe de la UPV/EHU se sostiene que la oferta de Servicio de Asistencia y Post-venta carece de firma. Según el mismo «(…) Dicha falta de firma implica que el apartado correspondiente de Servicio de Asistencia y Post-venta no debe tenerse en cuenta por no disponerse de refrendo o compromiso de cumplir el tiempo de respuesta indicado en la oferta en caso de que la UPV/EHU requiera el Servicio de Asistencia Post-venta. Esta falta de compromiso explícito es crucial (…)».

En primer lugar debe decirse que la oferta sobre servicio técnico y garantía, donde se recoge el tiempo de respuesta y el suministro de recambios, está recogida en cinco páginas (folios 118 a 114), estando firmada la última página. No se puede compartir la tesis del informe de la UPV/EHU de que no hay un compromiso o refrendo de cumplimiento, puesto que iría en contra del principio de concurrencia no valorar estos apartados mediante la presunción infundada de que el licitador únicamente ha otorgado refrendo o compromiso a la última de las páginas porque se encuentra firmada. En cualquier caso, si la UPV/EHU tenía dudas sobre el compromiso del licitador debió desvelar tal incertidumbre acudiendo a la aclaración de la oferta. Este órgano resolutorio ya ha manifestado en otras ocasiones que la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto T-195/08, Antxerpse Bouwwerken NV/Comisión) se ha pronunciado sobre la contradicción del contenido de las ofertas que pueden explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. Esta sentencia en su punto 57 señala que:

> Además, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60). **Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.**

Además, debe tomarse también en consideración la línea jurisprudencial que está siguiendo el Tribunal Supremo desde el año 2004 (STS de 6 de julio de 2004 y 21 de septiembre de 2004), dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina. Dicha jurisprudencia considera que la falta de firma es un defecto subsanable, y dado que la ley especial (LCSP) no regula este aspecto le será de aplicación la LRJPAC.

6.1.2 Error de cuenta en la suma

Resolución 59/2012

OCTAVO: Una vez comprobada la existencia del error y que, a pesar de ello, la oferta puede ser viable, la cuestión a dilucidar es si el error puede o no ser subsanado o aclarado por el operador recurrente, sin que ello le suponga ventaja alguna respecto de los demás licitadores que altere el principio de igualdad de trato.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 4/2011, de 14 de abril, valora la adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos, y distingue entre requisitos materiales y formales. A juicio del Tribunal «El límite material, es estricto, y no admite flexibilidad, salvo en aquellos supuestos en que los propios Pliegos hayan permitido variantes y, específicamente, hayan previsto que las mismas podrán superar el presupuesto de licitación.». Por el contrario, «El límite formal, sin embargo, no es tan riguroso, y el propio artículo 84 RGLCAP establece que el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno, o la otra, no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.». Concluye el Tribunal afirmado que «Un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 LCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.»

Asimismo, según reiterada jurisprudencia del TJUE, el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, en consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 [TJCE 2004, 125] , Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, apartado 108; véanse también, en este sentido, las sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2007, Evropaïki Dynamiki/ Comisión, T-250/05, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada, y de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, apartado 122). Estima dicha jurisprudencia que una competencia no falseada, como la prevista por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos.

El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades

en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 284], SIAC Construction, C-19/00, apartado 34, y de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 93).

Este principio queda reflejado, entre otros, en los artículos 1, 99.2 y 129.1 de la LCSP. Sin perjuicio de primacía del principio de igualdad, este órgano resolutorio ha aludido en otras ocasiones a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto T-195/08, Anterpse Bouwwerken, apartado 57) que en relación al principio de proporcionalidad señala que:

> (X) Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste.

En el caso que nos ocupa la ambigüedad, ya explicada varias veces, consiste en que la suma de los distintos sumandos no concuerda con el resultado final. Detectada la contradicción, la mesa de contratación pudo haber solicitado al licitador que aclarara el contenido de su oferta en el aspecto controvertido. Incluso pudo haber advertido que si la aclaración alteraba la oferta supondría su no admisión puesto que eran públicos los resultado del sobre «B» de criterio valorable mediante aplicación de fórmulas. En definitiva, hubiera bastado con que se pidiera al hoy operador recurrente que confirmara si había un error en el resultado de la suma y no en los sumandos. Esta confirmación ha venido posteriormente cuando en el escrito de recurso se afirma en varias ocasiones que todo obedece a un mero error mecanográfico y que el número total de horas de dedicación en obra ofertado es de 23 por semana.

La estimación de la pretensión del operador recurrente de ninguna manera supone una alteración de los principio de igualdad de trato y transparencia, por no suponer la aclaración ventaja alguna respecto del resto de competidores ni alteración alguna de la oferta inicial.

Resolución 143/2017

El análisis de la viabilidad de la pretensión objeto del recurso debe partir de un hecho incontestable que ni el recurrente ni el poder adjudicador discuten: la oferta del adjudicatario impugnado contiene una contradicción que impide conocer de modo directo y unívoco su alcance con la mera lectura de su literalidad, pues señala dos precios distintos para la prestación (lo que el modelo de oferta y la addenda llaman «Importe ofertado al lote bienal»). La estipulación 22 del PCAP que rige la licitación, en sentido similar al artículo 84 del RGLCAP, establece en su letra b) que se rechazarán las ofertas que presenten contradicciones, omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer con total certeza su contenido. Llegados a este punto, la conclusión es que la oferta del adjudicatario debió ser excluida. La única matización aceptable a esta normativa, y que podría alterar la conclusión, es que la verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la

proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de modo indubitado su intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación (ver, por ejemplo, la Resolución 115/2016 del OARC / KEAO). No es ese el caso del presente recurso, pues no hay razón objetiva para suponer, como ha hecho el poder adjudicador, que la citada verdadera voluntad radica en la cifra de la addenda y no en la del modelo de oferta. Tal suposición se basa en que la primera es la que se elabora antes y en que es el resultado de sumar los precios de los sublotes, previamente determinados mediante la agregación de los costes y beneficios esperados de cada uno de ellos. Sin embargo, basta revisar la estructura del documento que Osakidetza ha fijado para que los licitadores expongan su addenda para, al menos, poner en muy seria duda esta presunción. Como expresa el propio documento, el único importe relevante a efectos de valoración del precio es el del «lote» (es decir, el de la totalidad del contrato), que no puede superar el importe máximo global de licitación; por el contrario, el importe fijado en los pliegos para cada sublote es estimativo y puede superarse, siempre que, en conjunto, no se supere el global. A juicio de este OARC / KEAO, parece más lógico suponer que el licitador determina primero el precio global que quiere ofrecer y luego reparte la baja de licitación entre los sublotes, reparto que le es absolutamente indiferente pues carece de repercusión alguna en la valoración de la oferta, pudiendo incluso efectuarlo, si lo desea, de manera arbitraria o aleatoria. Eso es precisamente lo que, según todas las apariencias, parece haber hecho el adjudicatario impugnado, pues se observa que ha imputado su baja de licitación a los tres primeros sublotes de la lista, copiando el tipo en los demás; no parece que detrás de esta composición de la oferta estén los complicados cálculos de costes y beneficios esperados que supone el poder adjudicador. Todo ello implica que no hay razón para pensar que la cifra global de la addenda se elaboró antes que la del modelo de oferta o que responda con mayor fidelidad que ésta a la verdadera intención del licitador; en cualquier caso, es claro que en absoluto se puede decir que hay una única interpretación plausible y que cualquier otra es extravagante. Consecuentemente, la contradicción es irresoluble y la oferta debió ser rechazada en aplicación del artículo 84 del RGLCAP y la cláusula 22 del PCAP.

Resolución 24/2018

Si bien es cierto que la proposición no establece expresamente un precio para dos años de servicio, se trata de una omisión que carece totalmente de importancia, porque sí que consta el precio anual, que es por cierto el único que se utiliza para aplicar el criterio de adjudicación relativo al precio y el que figura en el modelo de oferta económica, y a partir del cual se puede calcular inequívocamente, mediante una sencilla multiplicación, el importe ofertado para dos años.

6.1.3 No debe tenerse en cuenta el IVA para valorar el precio

Resolución 60/2013

NOVENO: La cuestión determinante para la resolución del recurso es si al valorar las ofertas debe considerarse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o si, por el contrario,

debe excluirse esta partida. La importancia de adoptar uno u otro criterio radica en que, según el artículo 20 Uno 1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, el objeto del contrato (prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal) está exento de ese tributo únicamente cuando el prestador sea el operador u operadores que se comprometen a prestar todo o parte del mismo, por lo que al procedimiento de licitación pueden concurrir licitadores comprendidos en la exención con otros a los que no les es aplicable.

Previamente, hay que señalar que la respuesta a la cuestión es independiente de que el artículo 88.1 TRLCSP establezca que el IVA no entra en el cómputo del valor estimado del contrato, pues este concepto, como bien señalan el órgano de contratación y la empresa alegante, es relevante únicamente a efectos procedimentales, pero no forma parte del contenido del contrato perfeccionado. Por el contrario, sí es relevante para el debate planteado si el IVA es o no parte del precio contractual, entendido como retribución percibida por el contratista en concepto de contraprestación al servicio prestado al poder adjudicador. En este sentido, es preciso determinar si el IVA es parte del precio a los efectos de comparar unas ofertas con otras para determinar cuál es la más barata, o si las ofertas se deben comparar sin tener en cuenta este tributo, aunque haya concurrencia de ofertas exentas con otras no exentas.

Esta cuestión ha sido ampliamente tratada en los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/2008 y 26/2008, a cuyo contenido se remite este Órgano. En ellos se concluye que no debe tenerse en cuenta el IVA a la hora de valorar el precio en las ofertas cuando concurren empresas exentas con empresas sujetas a IVA, sin perjuicio de que estas últimas hagan constar por separado en su oferta el importe del citado impuesto, como pide el artículo 87.1 TRLCSP, pues lo contrario supondría incurrir en una desigualdad y tratamiento discriminatorio a los licitadores (artículo 1 del TRLCSP). Comparar las ofertas económicas sin tener en cuenta el IVA no supone dejar sin efecto las normas fiscales por las que se concede una exención o beneficio fiscal. El reconocimiento de una exención subjetiva en materia fiscal es siempre una norma de carácter excepcional que como tal debe ser interpretada restrictivamente, sin que pueda extenderse a personas que no sean estrictamente las indicadas en la Ley ni a actos respecto de los cuales sea dudosa la procedencia de aplicarla, como es el caso de la contratación administrativa, en la que impera el interés general que debe presidirla y que exige el tratamiento no discriminatorio de todos los licitadores. Asimismo, el Informe 43/2008 de la misma Junta especificó que el término «precio» debe ser entendido como el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista, definición que excluye el importe pagado en concepto de IVA, el cual debe ser finalmente ingresado en la Hacienda competente.

El órgano de contratación alega que en el pliego de cláusulas administrativas particulares ya figuraba el sistema de valoración del precio y que en él constaba el IVA, sistema que la Administración se ha limitado a aplicar y que el recurso pretende ahora sustituir por otro distinto en el que no se incluya el IVA, lo que es tanto como impugnar ahora los Pliegos que no se recurrieron en tiempo y forma y que por ello han pasado a ser la ley de la licitación que el poder adjudicador y los licitadores deben respetar. Esta alegación no puede ser aceptada, porque los Pliegos simplemente requieren un desglose de la oferta detallando los precios unitarios finales, con desglose del precio base y del IVA, de conformidad con lo estipulado en el artículo 87.2 del TRLCSP, lo que no supone que para comparar las ofertas más ventajosas se tenga que tener en cuenta el IVA, por los argumentos y razones ya mencionados. Además,

no parece que la redacción del Pliego haya querido resolver el caso de la posible concurrencia entre licitadores exentos y no exentos de IVA, cuestión que ha de solventarse de acuerdo con la doctrina expuesta, lo que conduce a la estimación del recurso.

6.1.4 Superación de un precio unitario señalado por la Administración

Resolución 113/2013

NOVENO: La cuestión que debe dilucidarse para resolver el procedimiento es si la superación por la oferta del recurrente de varios de los precios unitarios en los que se descomponen los lotes de la licitación es motivo suficiente para su exclusión, cuando no se ha superado el presupuesto máximo del lote. Para ello, debe partirse de la relevancia de los citados precios unitarios, deducida del contenido de los Pliegos y demás documentos contractuales.

El contrato se configura como una relación de tracto sucesivo y carácter periódico, por la cual el adjudicatario se compromete, durante la vigencia del contrato, a la realización de ciertos trabajos, según las demandas que, en correspondencia con sus necesidades efectivas, le formule el poder adjudicador (punto 3 de la carátula del PCAP).

El objeto adquirido no es pues la obtención de un resultado concreto (como en el caso de los contratos de obras, p.ej.), sino la disponibilidad del contratista para la ejecución de dichos trabajos durante un periodo de tiempo a cambio de una serie precios unitarios, distintos para cada tipo de prestación. Los precios unitarios significan, por un lado, la base del cálculo del presupuesto máximo del lote una vez multiplicados por el número de unidades estimadas para cada tipo de prestación (ver el documento «addenda de precios unitarios», incluido en el modelo de oferta económica, anexo a su vez del PCAP), y por otro, el modo de cálculo de la remuneración del adjudicatario por los servicios efectivamente realizados (punto 4.1 de la carátula del PCAP). El presupuesto máximo del lote es únicamente el límite máximo del gasto que puede asumir la Administración contratante y que no puede rebasarse durante la ejecución del contrato salvo que se modifique su importe en los casos y mediante el procedimiento legalmente previstos, pero es una magnitud secundaria en el sentido de que se obtiene a partir de los precios unitarios de cada prestación, que son los que de verdad representan el núcleo de la prestación contratada. La superación de un precio unitario señalado por la Administración, aunque ello no implicase superar el presupuesto máximo global porque el exceso se compensara con descensos en otros precios unitarios, supondría alterar las previsiones de la Administración en cuanto al número de unidades de la prestación afectada que se estima que van a demandarse, y podría suponer tener que aceptar una proposición que ofertara un precio unitario igual al presupuesto máximo previsto para un tipo de prestación aunque eso implicara que sólo podría adquirirse una unidad estando estimada la adquisición de, por ejemplo, cientos de ellas. Tal resultado absurdo sería contrario al sentido común, pues desvirtuaría la definición previa de las necesidades administrativas que se pretende satisfacer (artículo 1 TRLCSP), fundamento último de la actividad contractual de las entidades del sector público.

Dado que todo ello se deriva de la naturaleza del contrato y está reflejado claramente en los Pliegos y en el modelo de oferta, lo de menos es que no haya una disposición expresa que

prohíba superar el precio unitario máximo, ya que es evidente la falta de adecuación de la oferta a los Pliegos que rigen la licitación y la procedencia de aplicar el artículo 84 RGLCAP.

6.1.5 Libertad de configuración de la oferta

Resolución 117/2014

La documentación solicitada a la que hace referencia este fundamento jurídico es necesaria, como expresamente afirma el PPT, para la adecuada valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Por ello, la apreciación de si la documentación aportada por el adjudicatario impugnado es o no suficiente no debe ser excesivamente formalista; únicamente si dicha documentación es tan incompleta que no permite conocer cuál es la propuesta de la empresa la consecuencia debe ser la exclusión de la proposición. Las demás insuficiencias de la documentación técnica pueden tener como consecuencia una puntuación más baja en los criterios de valoración, pero no la exclusión. En cualquier caso, lo relevante es que la información requerida conste, no siendo relevante que ésta se presente u organice de una forma concreta (a menos que así lo exijan los propios Pliegos).

Resolución 134/2014

Sin embargo, este Órgano entiende que no sería proporcionada la exclusión de una proposición, que materialmente y de forma inequívoca contiene toda la información necesaria para su valoración, sólo por el hecho de que la presentación de dicha información no sigue el modelo expuesto en la documentación contractual o un esquema formal concreto (ver, por ejemplo, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP). La aplicación de este principio antiformalista es particularmente adecuada en este contrato, en el que concurren varias circunstancias peculiares. En primer lugar, a pesar de que se trata de una prestación complicada, compuesta en cada uno de los lotes de una variedad y multiplicidad de servicios diferentes, no se aporta un modelo de oferta que pudiera facilitar la elaboración de las proposiciones. En segundo lugar, a pesar de que se trata de un contrato por precios unitarios, la Administración no solo no fija precios unitarios máximos sino que ni siquiera señala cuáles son las unidades que se contratan, pues se limita a solicitar ciertos servicios, dejando esta determinación en manos de los licitadores, que tienen libertad para configurar dichos precios unitarios como crean más oportuno –por unidades de tiempo, de volumen de datos, con tarifa plana, con coste de alta por servicio o sin ella, etc.– Es razonable entender que a este peculiar diseño del objeto del contrato, cuya justificación no se discute ahora por no ser pretensión del recurso, debe corresponder una amplia libertad formal en la presentación de las ofertas, siempre que conste, de cualquier modo claro, los datos imprescindibles exigidos por los pliegos para valorar las ofertas. A juicio de este Órgano, tales datos son el precio de los servicios solicitados en el PBT, fijados unitariamente de la manera que el licitador prefiera, y el importe que debe servir para la evaluación de la oferta económica (PGR), calculado en coherencia con dicho precio.

6.1.6 Confidencialidad

Resolución 60/2014

Tal y como indican las partes en conflicto, la confidencialidad de la información está recogida en el artículo 140.1 del TRLSP –ratificado en la cláusula 16.2 del PCAP– que admite que los licitadores puedan designar como confidencial determinada información que hayan facilitado en su oferta. Mientras que el artículo 153 del propio texto refundido –confirmado, también, en la cláusula 26.2.3 del PCAP– permite al órgano de contratación no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Además, el artículo 151.4, referido a la motivación de la adjudicación, en el párrafo 2º de su letra c) prevé que será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153.

Como indica la Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales invocada por la UTE adjudicataria « (…), en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario». Por su parte, el Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirma que «(…), la tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de más difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recuso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4 del TRLCSP)».

La declaración de confidencialidad tiene repercusión en dos momentos distintos el procedimiento de adjudicación. En un primero, cuando se permite a los licitadores que designen confidencial determinada información. A este respecto, el PCAP del contrato dispone de un Anexo XI de «Modelo de designación como confidencial de informaciones facilitadas por la empresa». Del expediente remitido por Osakidetza se observa que dentro del plazo de presentación de la oferta la UTE declaró confidencial íntegramente todo el sobre «C» de oferta técnica. Posteriormente, frente al escrito de 11 de abril de 2014 del recurrente solicitando la vista del expediente, consta un escrito de la UTE de 22 de abril de 2014 matizando la designación inicial y declara confidenciales, por razón de su vinculación a secretos técnicos o comerciales, el índice y del aparado 1.1.8 de «Medidas para el incremento de la eficiencia de los trabajos».

En un segundo momento, la atribución de confidencial a determinada documentación tiene su reflejo en la notificación de la adjudicación y en la información sobre el resultado del procedimiento, donde el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. A este respecto, debe

indicarse que las características y ventajas de la proposición del adjudicatario y la exposición resumida de las razones por las que se han desestimado las candidaturas descartadas que motivan la adjudicación del contrato son un reflejo prácticamente exacto del contenido del informe técnico sobre los criterios que requieren realizar un juicio de valor, que no está fechado, aunque debe suponerse que su realización tuvo lugar entre la sesión de la mesa de apertura de los sobres que contenían dichos criterios (13 de febrero de 2014) y la sesión en que tuvo lugar la lectura de sus valoraciones (21 de marzo de 2014).

También es preciso señalar que ni en los criterios de adjudicación que requieren un juicio de valor, ni en el contenido del informe técnico que los analiza, ni en la Resolución de adjudicación, se citan las «Medidas técnicas para el incremento de la eficiencia en los trabajos» que el adjudicatario designa confidenciales.

Llegados a este punto, cabe plantearse si los documentos sobre «Medidas técnicas para el incremento de la eficiencia en los trabajos» han sido relevantes para la motivación de la adjudicación porque de ser así y si han condicionado la valoración de las ofertas deberían formar parte de la información sobre la ventajas y características de la oferta del adjudicatario que permite a un licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado (artículo 151.4 del TRLCSP).

En definitiva, debe analizarse si la Resolución de adjudicación, tal y como fue notificada a los licitadores, está suficientemente motivada y ha permitido al recurrente formular su reclamación con el conocimiento de la información necesaria o si, por el contrario, se han omitido aspectos que han podido ser relevantes en la valoración de las ofertas, en especial de la documentación sobre «Medidas técnicas para el incremento de la eficiencia en los trabajos».

Examinados el citado punto 1.1.8 de la oferta técnica de la UTE declarada confidencial, se observa que en su mayor parte ser refiere a la incorporación de equipos y materiales, así como de un estudio de implantación de un producto, que al margen de las dudas que puede suscitar su carácter confidencial, no tienen reflejo alguno ni en el informe técnico ni en la propia Resolución de adjudicación. Por tanto, no puede atenderse a la pretensión del recurrente sobre el desconocimiento del contenido de los documentos declarados confidenciales y su repercusión en la motivación de la adjudicación.

6.1.7 Oferta integrada

Resolución 113/2014

A juicio de este OARC / KEAO, la cláusula debatida de los pliegos impugnados ha configurado el sistema de licitación conocido como «oferta integrada». Dicho sistema, no expresamente regulado en el TRLCSP pero plenamente compatible con él y utilizado desde antiguo en la práctica de la contratación pública, sí está mencionado en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones; asimismo, se recoge en el artículo 46.3 y el

considerando 79 de la Directiva sobre contratación pública 2014/24. En síntesis, los rasgos del sistema son los siguientes:

- en un contrato dividido en lotes, los licitadores tienen la posibilidad de presentar oferta a uno o varios lotes, y también pueden presentar una oferta a una combinación de varios o todos los lotes.

- los pliegos deben prever un método de aplicación de los criterios de valoración que permita comparar ofertas en principio heterogéneas, es decir, aquéllas que licitan a uno o varios lotes y aquéllas que presentan una oferta combinada, de modo se pueda determinar de un modo objetivo y transparente cuándo la adjudicación a la oferta combinada es económicamente más ventajosa que la adjudicación a las ofertas a los lotes integrados en dicha combinación.

De los apartados 3 y 16 de la carátula del PCAP se deduce que los licitadores pueden ofertar a los lotes 1 y 2 o a ambos y, además, los que presenten ofertas a ambos pueden presentar una oferta al lote 3 o «lote integrador». El objeto de este lote integrador comprende la suma de las prestaciones de los lotes 1 y 2, y queda claro que la adjudicación se puede producir, alternativamente, a una oferta al lote integrador o a ofertas a los lotes 1 y 2, siendo estas dos posibilidades excluyentes, de forma que no hay riesgo alguno de formalización de dos contratos con objeto duplicado.

Por su parte, el citado punto 16 de la carátula establece un método de comparación de las ofertas a los lotes 1 y 2 con las ofertas al lote integrador que este OARC / KEAO considera objetivo, transparente y conforme con los principios generales del TRLCSP, en especial los de igualdad y oferta económicamente más ventajosa. Dicho sistema es el siguiente:

- se procederá a la suma de la puntuación total de las mejores ofertas para los lotes 1 y 2 –con independencia de que hayan sido formuladas por distintos licitadores–, y se compararán con la puntuación con cada una de las ofertas realizadas para el lote integrador.

- la adjudicación se efectuará a favor de los lotes 1 y 2 cuando la suma de la puntuación obtenida por las ofertas que obtengan la mayor puntuación para los lotes 1 y 2 sea mayor que la obtenida por la mejor oferta para el lote integrador; por el contrario, cuando la puntuación de la mejor oferta al lote integrador sea igual o superior a la suma de puntuación de las ofertas que obtengan la mayor puntuación para los lotes 1 y 2, la adjudicación se efectuará a la oferta al lote integrador.

De todo lo anterior se deduce que el contenido de los pliegos impugnados es conforme a derecho y que el recurso debe desestimarse.

6.1.8 Error en la oferta técnica

Resolución 73/2014

La primera pretensión sobre la que este Órgano debe decidir es la trascendencia del denominado «error material» del adjudicatario en la presentación de su oferta, en concreto, la referencia a «un par de fibras ópticas» para el enlace de EJIE-PdP-Red Iris cuando las prescripciones técnicas exigían cuatro para el enlace PdP de i2basque, habida cuenta de que la oferta económica sí hace referencia a cuatro para este último enlace. Este Órgano considera que esa parte del contenido de la oferta no puede considerarse un error material. La oferta técnica no deja lugar a dudas sobre el número de fibras que ofrece y hasta en dos ocasiones (folios 133 y 138 del expediente) habla claramente y sin lugar a dudas de un par de fibras. No hay en el resto de dicha oferta ningún indicio de que ese número obedezca a un error patente y evidente, derivado de un mal cálculo matemático o de una equivocación elemental de transcripción cuya corrección pueda rehacerse consultando otros datos del documento. Dicho de otro modo, no hay ninguna razón para creer que la verdadera voluntad del licitador fuera distinta de la que meridianamente ha expresado, que es la de presentar un proyecto técnico con dos fibras para el enlace «EJIE-PdP-Red Iris». A estos efectos, es irrelevante la confesión de la propia empresa de que se trata de un error material y que la intención era cumplir con las cuatro fibras y el enlace que exigen las prescripciones técnicas, no sólo por ser una declaración interesada, sino porque, incluso en el caso de que ello fuera cierto, el licitador no puede exigir al poder adjudicador que compense su falta de diligencia en la elaboración de la proposición con una interpretación de la misma que le sea favorable y contraria a su claro contenido. Tampoco es aceptable la alegación de que se ha formulado una declaración expresa de acatamiento de los pliegos, pues llevado el argumento al extremo, supondría que tal declaración (que el artículo 145.1 TRLCSP presume por la simple presentación de la proposición) haría innecesario el contraste de la oferta técnica con dichos pliegos para comprobar su adecuación. Debe observarse, también, que la exigencia de documentación técnica distinta de la referida a los criterios de valoración matemática era superflua, pues no constituían criterios de adjudicación; sin embargo, una vez solicitada, es claro que no puede pasarse por alto su contenido. Llegados a este punto, debe concluirse que la oferta debió ser excluida. El hecho de que el sobre de la oferta económica sí se refiera a las cuatro fibras para el enlace no obsta a esta conclusión, ya que, como bien dice el recurrente, tal referencia es parte del propio modelo de oferta y no declaración elaborada por el licitador, por lo que muy difícilmente podía cumplimentarse de otra forma. Por otro lado, en el mejor de los casos, incluso aunque se aceptara que la oferta económica sí cumple con los Pliegos, ello llevaría como mucho a entender que existe una evidente contradicción entre ella y la documentación técnica que impide conocer la verdadera voluntad del licitador y conduciría igualmente a la exclusión (ver el fundamento jurídico octavo de la Resolución 18/2012 de este Órgano). Dicha contradicción solo podría salvarse con la solicitud de una aclaración que le facultara a optar interesadamente entre dos sentidos opuestos, lo que sería inaceptable, como bien reconoce el propio poder adjudicador en su informe, pues supondría, de hecho, aceptar una modificación de la proposición en un procedimiento abierto, en el que no se permite tal circunstancia (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, C-599/10).

6.1.9 Oferta contradictoria

Resolución 109/2013

Sentada la improcedencia de la solicitud de aclaración, debe determinarse qué tratamiento debió darse a la oferta impugnada. Para ello, debe partirse de que, por lo que importa al objeto de esta resolución, el modelo de oferta señalado en el PCAP indica que el licitador se compromete a prestar el servicio

> …por el precio de …….. euros, del que corresponde al 21% de IVA …… euros.

Por su parte, la oferta de Limpiezas Villar señala que se compromete a prestar el servicio «…por el precio de NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA EUROS CON VEINTITRES CENTIMOS DURANTE EL PLAZO DE CUATRO AÑOS (954.730,23 € / CUATRO AÑOS) del que corresponde al 21% del IVA DOSCIENTOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON TREINTA Y CINCO CENTIMOS DURANTE EL PLAZO DE CUATRO AÑOS (200.493,35 €/ CUATRO AÑOS).»

Del contraste entre el modelo y la oferta del adjudicatario se deduce que, aunque ésta ha respetado formalmente aquél, existe una contradicción interna en la proposición del adjudicatario. Por un lado, los términos «…del que corresponde al 21% de IVA…» dejan claro que la cifra total del precio es de 954.730,23 euros, la cual comprende la cuota del IVA, en este caso 200.493,35 euros. Sin embargo, a una cuota de IVA con tipo del 21% y por valor de 200.493,35 euros le correspondería una base imponible de 954.730,23 euros, para un precio total de 1.155.223,58 euros. Es evidente, por lo tanto, que ambas cantidades (precio global y cuota de IVA), señaladas ambas por la recurrente en su oferta, son incoherentes y que al menos una de ellas es incorrecta, no siendo posible conocer cuál es la verdadera voluntad del licitador, lo que debió conllevar la exclusión motivada de la oferta, en los términos de la doctrina expuesta en el apartado anterior.

6.1.10 Ofertas contrarias a los pliegos

Resolución 130/2015

El recurso menciona varios incumplimientos de las ofertas de los adjudicatarios impugnados que supondrían que debieron ser excluidas. Dichos reproches y el juicio que merecen a este OARC / KEAO son los siguientes:

- En el lote 3, la UTE DRAGER GIROA incumpliría los apartados 13 y 19.1.3 del PPT porque incluye en su oferta la siguiente cláusula:

> En el caso, que el ingeniero de campo, durante el proceso de asistencia técnica en la máquina, detectara material fungible o accesorio no original

> del fabricante, o fungible original que no estuviese siendo utilizado con la periodicidad y uso adecuado, y que estuviera afectando a la operativa satisfactoria del equipo conforme a los parámetros funcionales y de seguridad del fabricante, la UTE DRAGER GIROA efectuará un informe técnico de la situación, pudiendo ser objeto de la pérdida de cobertura del contrato.

Mientras que el recurso considera que se trata de una salvedad que el PPT no autoriza, la adjudicataria y OSAKIDETZA alegan que queda siempre a criterio del poder adjudicador la pérdida de cobertura, el cual puede determinarla mediante sustitución del equipo afectado, por lo que no se incumpliría el PPT. A juicio de este Órgano, no es claro el sentido de esta cláusula; puede referirse a la pérdida de la garantía establecida en el apartado 19.1.3 del PPT (seis meses para las revisiones y reparaciones), o más probablemente, a la pura y dura intención de que el contrato no tenga vigencia para un equipo concreto si el adjudicatario detecta la situación a la que se refiere la cláusula. En cualquiera de los dos casos, se está infringiendo el PPT, pues la empresa se está reservando limitaciones al alcance de las obligaciones que éste le impone, y es evidente que del texto de la cláusula no hay mención a que la decisión de hacerlas valer se deje en manos de OSAKIDETZA.

Consecuentemente, este motivo de recurso debe ser aceptado y la oferta del adjudicatario rechazada, pues no cabe que se formulen proposiciones que desmientan el acatamiento de los pliegos o pongan condiciones o límites a dicho acatamiento.

- En el lote 8, el recurso reprocha que la adjudicataria excluye los kits de mantenimiento necesario en las actuaciones de mantenimiento preventivo, no garantiza la reposición de materiales en el caso de equipos con más de diez años de antigüedad, excluye de los contratos PRE y COR todas las piezas que sea necesario utilizar para las reparaciones, así como el coste de mano de obra en el contrato PRE, que facturará aparte, lo que infringe los apartados 13.1, 13.2, y 66.1.3 del PPT; asimismo, se reserva el derecho de rescindir el contrato sin formalidad judicial alguna por impago de una de sus cuotas o el no cumplimiento de cualquiera de sus cláusulas y excluye del contrato ciertos materiales en contra de lo dispuesto en el apartado 13.2 del PPT.

Analizada la oferta de MAQUET y las cláusulas del PPT a las que se refiere el recurso, se observa lo siguiente:

- El apartado 66.13 del PPT establece que «si por antigüedad o por falta de repuestos debido a la obsolescencia de algún equipo, o por cambio de titularidad de su representación, el adjudicatario, no pudiera garantizar el mantenimiento del mismo durante el contrato, el adjudicatario avisará al cliente de esta situación, a través de carta en mano con acuse de recibo, con antelación suficiente». A la vista de esta estipulación, el contenido de la oferta del adjudicatario no parece reprochable, pues se limita a prever una posibilidad admitida por los pliegos, siendo desproporcionado pretender que sea un motivo suficiente para excluir a la empresa.

- En contra de lo que afirma el recurso, y al tratarse de un contrato de los que el adjudicatario denomina tipo «TOP», sí están incluidos el coste de la mano de obra y de las piezas utilizadas (apartado 5.2 de la propuesta de contrato de mantenimiento).

- Los kits de mantenimiento sí están incluidos en la oferta (ver Anexo I de la propuesta de contrato de mantenimiento, en relación con el punto 5.1 del mismo documento).

- Por lo que se refiere al material excluido del contrato, comparando el listado de la oferta (punto 7.1) con el apartado 13.2 del PPT, se observa que las excepciones planteadas por la oferta pueden encajar en alguna de las categorías establecidas en el PPT, las cuales no son, por otro lado totalmente cerradas, por lo que no sería proporcionada una exclusión de la oferta causada por una estipulación de los pliegos con amplio margen de interpretación; debe tenerse en cuenta que las causas de exclusión deben ser claras y fácilmente entendibles de la misma forma por todos los licitadores (ver, por ejemplo, la Resolución 67/2014 de este OARC / KEAO).

- En cuanto al supuesto de rescisión de pleno derecho propuesto por MAQUET, este OARC / KEAO entiende que se opone al contenido del PCAP, que no prevé una causa de resolución como la que se expone (ver, por ejemplo, la cláusula 17 de la carátula del PCAP) y, en general, al régimen de la resolución contractual en los contratos administrativos, categoría en la que se incluye el que se analiza. Entre otros requisitos, y de acuerdo con los artículos 223 TRLCSP y siguientes, la resolución de los contratos administrativos siempre se produce mediante resolución del órgano de contratación, previo el oportuno procedimiento reglamentariamente establecido, y el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en el propio TRLCSP. Todos estos requisitos se infringen por la oferta, que contempla la rescisión del contrato por la simple voluntad del contratista, sin procedimiento previo alguno y en clara oposición a lo previsto en los artículos 223 e) y 216.6 del TRLCSP, que prevén el impago de la Administración como causa de resolución contractual solo en caso de demora en el pago superior a seis meses. Consecuentemente, la oferta debe considerarse inaceptable y ser excluida por este motivo.

6.1.11 Requisitos de extensión y forma de la oferta

Resolución 137/2016

Sobre la importancia de las formalidades previstas en los documentos contractuales, este Órgano en su Resolución 060/2014 consideró que «este tipo de requisitos suelen tener por objeto que la documentación de las ofertas sea homogénea en cuanto al tamaño y forma de su presentación, de tal manera que los licitadores deben ceñirse a aportar datos exigidos eliminando de esta forma información superflua que únicamente complica su examen y valoración. Una alteración de la extensión, forma, etc. podría producir desigualdades entre los licitadores, pues al aceptar ofertas que no son conformes al formato exigido se otorgaría a éstas una posición de ventaja respecto quienes sí han cumplido los requisitos exigidos»; conforme a esta doctrina, dar por buena la argumentación de los alegantes supondría vaciar de contenido al punto 17 de PPT, alterar el principio de igualdad y favorecer a quien no ha respetado las reglas previstas en unos pliegos que los licitadores con la presentación de sus propuestas han aceptado de forma incondicional y sin salvedad alguna (punto 5.1 del PCG); este principio impide, igualmente, que se acuda al trámite de subsanación que implicaría una ventaja para quien no se ha ceñido a las reglas establecidas.

Resolución 21/2017

No cabe entender, como hacen el poder adjudicador y ATENEA, que la citada cláusula no supone la exclusión automática de la proposición. No tendría sentido establecer una determinación tan estricta de los límites de la memoria técnica, con especificación numérica del número de páginas y del tamaño de letra, para que luego la consecuencia de exclusión prevista en la estipulación dependa de la flexibilidad del órgano de contratación, sobre todo si se tiene en cuenta que no hay ninguna indicación de cuáles son los márgenes reglados en los que tendría que moverse dicha flexibilidad, ni el poder adjudicador explica en qué se basaría la decisión sobre la exclusión de la oferta, más allá de una manifestación genérica sobre «que se incluyan aspectos superfluos de una manera muy extensa». Así las cosas, entender que la Administración puede libremente decidir cuándo es lícito traspasar el límite es una interpretación contraria al principio de igualdad de trato, pues se discrimina a las empresas que se han ajustado a las determinaciones de los pliegos, aunque ello haya podido conllevar un esfuerzo para hacer su oferta más concisa, mientras que se favorece a las que no las han respetado y no han tenido que realizar dicho esfuerzo. Téngase en cuenta que la limitación de espacio en las ofertas tiene como finalidad procurar que los licitadores se ciñan a los elementos esenciales de su proposición, sin añadir información superflua por ser innecesaria para la aplicación de los criterios de adjudicación, consiguiendo así que la valoración sea más sencilla y, en definitiva, más objetiva (ver, por ejemplo, la Resolución 11/2016 del OARC / KEAO).

6.1.12 No hace falta mención expresa en la oferta a todos los compromisos contenidos en los pliegos

Resolución 72/2016

El recurrente alega que la oferta de MASTERCLIN no incluye el compromiso de sometimiento a los controles que, en relación al programa de desinfección, se hagan por parte del centro siempre que sea necesario por razones médicas. Esta alegación no puede ser aceptada. Si bien el PPT establece en su página 5 que «la empresa ofertante se comprometerá a someterse a los controles que se le hagan por parte del Centro siempre que por razones médicas sea necesario», tal prescripción no es sino una más de las obligaciones que adquiere el contratista y cuya aceptación se presume por el hecho de participar en la licitación (artículo 145.1 TRLCSP), pero sin que la documentación contractual que rige la licitación solicite un compromiso expreso que deba incluirse o acompañar a la proposición.

6.1.13 Requisitos de las ofertas y requisitos de ejecución del contrato

Resolución 68/2017

Es claro que tales condiciones no son un requisito de las ofertas añadido a la prescripción sobre el límite máximo de emisión, sino la determinación de los parámetros en los que se

va a realizar la auditoría del cumplimiento de dicha prescripción a la que se someterá el contratista (y no ningún licitador); especialmente, el uso de los términos «A estos efectos…» no deja lugar a duda sobre el sentido de la cláusula. Así, no existe el incumplimiento al que se refiere el recurso, porque el punto de la documentación contractual supuestamente infringido no se refiere a la proposición sino a un aspecto de la ejecución del contrato, sin que quepa ahora que este OARC / KEAO emita valoración alguna al respecto, y sin perjuicio de que la comprobación de que el contratista no cumple con él tenga, en su caso, las consecuencias legales correspondientes (penalizaciones económicas y, en última instancia, resolución del contrato).

6.1.14 Consecuencias de la omisión de documentación necesaria para valorar la oferta

Resolución 72/2017

En segundo lugar, debe analizarse la pretensión de excluir la oferta del adjudicatario (la empresa DISPORT EKI) por incumplir varios requerimientos del PCAP. En concreto, se denuncia el incumplimiento de la cláusula 18ª, que establece que deberá presentase «una memoria explicativa de cada una de las actuaciones de mejora que se propongan, con el grado necesario de detalle para la comprensión de su alcance y extensión, indicación de plazo o plan o calendario de ejecución, presupuesto detallado y demás circunstancias convenientes para su consideración, estudio y valoración.» La citada cláusula se refiere a la documentación que debe aportarse para valorar uno de los criterios de adjudicación no sujetos a juicio de valor, en concreto las «Mejoras en la prestación del servicio», que se subdivide a su vez en cuatro subcriterios. Por ello, la consecuencia de la omisión o las insuficiencias de la documentación no puede ser la exclusión de la oferta sino, en su caso, una puntuación más baja o nula en el criterio de adjudicación que se trata de acreditar. Sólo podría ser de otra manera si las deficiencias documentales de la proposición fueran de tal calibre que impiden conocer su contenido o contrastar su cumplimiento de las prescripciones mínimas de los pliegos; sin embargo, en principio, tal situación no puede darse en este caso concreto porque se trata de requerimientos para valorar mejoras, que por definición son aspectos adicionales a dichos requisitos mínimos, cuyo cumplimiento debe estar ya acreditado antes de la valoración.

Resolución 24/2018

Como bien señala el recurrente impugnado, la entidad adjudicadora no ha solicitado un desglose de los costes de la prestación (aludiendo, por ejemplo, a los costes laborales, estructurales, de medios auxiliares, u otros que, tras un proceso interno de reflexión, hayan servido para estimar el precio que desea ofertar la empresa), sino los elementos aritméticos (factores de la multiplicación) que han servido para calcular los precios globales por cada tipo de servicio, es decir, básicamente los precios / hora, tal y como expresamente se indica en la cláusula 16.2 del PPT. Esta cláusula exige «explicación detallada de los precios globales», esto es, del total anual, «teniendo en cuenta los diferentes perfiles, número y tipo de horas,

etc.», que se corresponde con los precios unitarios y unidades anuales que constan en el modelo de proposición económica. Dado que estos datos han sido cumplimentados en la proposición de PROSEGUR, este OARC / KEAO no encuentra ningún motivo proporcionado que justifique una decisión de la gravedad que supone la exclusión de la oferta, habida cuenta de que constan todos los elementos necesarios para evaluar la oferta económica de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos y que se han indicado los precios unitarios relevantes para determinar la facturación de la prestación, por lo que tampoco hay incertidumbre sobre ese aspecto en la ejecución del contrato.

6.2 PLAZO DE PRESENTACIÓN

6.2.1 Su respeto es una expresión del principio de igualdad de trato

Resolución 71/2013

Frente a lo que afirma el recurrente sobre la hora de entrada en la sede del poder adjudicador y demás vicisitudes acontecidas hasta la entrega de la oferta en la dependencia indicada, debe señalarse que figura en el expediente un documento denominado «JUSTIFICANTE DE ASISTENCIA A DEPENDENCIAS ADMINISTRATIVAS», en el que en el casillero de «Observaciones» consta como hora de entrada en el edificio: 10h 06m, y como hora de salida del edificio: 10h 50m. Dicho documento contiene el sello y la firma del Servicio de Atención al Ciudadano (Zuzenean). Asimismo, consta que la oferta se registró en el servicio de contratación a las 10h 12m 01s con el número de registro de entrada 268011. Se trata en ambos casos de documentos administrativos revestidos de validez pública, cuyo contenido el recurrente únicamente rebate mediante afirmaciones que carecen de valor probatorio. Admitir una oferta fuera del plazo máximo establecido iría en contra del principio de igualdad de trato entre los candidatos que proclama el artículo 1 del TRLCSP, ya que daría al hoy recurrente un plazo excepcional sin justificación alguna. Por tanto, no puede admitirse la pretensión del recurrente y debe confirmarse que la presentación de la oferta fue extemporánea.

6.2.2 Superior al establecido en la norma

Resolución 18/2015

a) La cláusula 10 del pliego establece que los licitadores deberán entregar o enviar por correo sus proposiciones en el plazo de 52 días hábiles desde la fecha de envío al DOUE. De acuerdo con el artículo 159.1 TRLCSP, «en procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a cincuenta y dos días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea.» Este plazo se reduce si se ofrece acceso por medios electrónicos a

los pliegos y a la documentación complementaria (cinco días menos) y si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informáticos o telemáticos (siete días menos), hasta un total máximo de 40 días. De acuerdo con la Disposición Adicional Duodécima del TRLCSP, «los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles.» Por lo tanto, el plazo de entrega de las proposiciones fijado en 52 días hábiles por el órgano de contratación (equivalentes a 64 días naturales) es superior al exigido por el TRLCSP, ya que este último se computa en días naturales. No cabe duda de que ello es plenamente legal, ya que el artículo 159.2 TRLCSP habla de un plazo «no inferior a…», por lo que se trata de un plazo mínimo y otro mayor es también lícito; es más, dicho plazo adicional puede ser necesario para obtener una concurrencia suficiente y de calidad, habida cuenta de la especial complejidad del contrato y del tiempo estimado necesario para confeccionar las ofertas (ver, por ejemplo, el artículo 38.1 de la Directiva 2004/18, norma comunitaria que el TRLCSP incorpora y que por lo tanto debe servir como parámetro para su interpretación).

Analizado el contrato que es objeto de la presente resolución, no se puede negar su especial complejidad, pero también es cierto que el poder adjudicador ha concedido un plazo de presentación de ofertas superior al mínimo exigible, por lo que difícilmente se le puede achacar que haya tratado de restringir la competencia por esa vía, sobre todo teniendo en cuenta que los recurrentes tampoco han concretado y justificado qué plazo hubieran considerado adecuado. Finalmente, hay que recordar que el anuncio previo al que se refiere el artículo 141 TRLCSP no es preceptivo sino voluntario para el órgano de contratación, y su omisión no tiene más consecuencia legal que la de no poder aprovechar las reducciones de plazo en la presentación de ofertas que posibilita (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2.000, asunto C-225/98).

6.3 SECRETO DE LA OFERTA Y VALORACIÓN SEPARADA

6.3.1 Finalidad de la apertura separada de sobres

Resolución 77/2014

DÉCIMO: La pretensión del recurrente que sí se puede y debe ser analizada es la relativa a la anulación de la adjudicación realizada. En este sentido, el recurrente alega que la adjudicación no se ajusta a derecho pues el adjudicatario desveló aspectos correspondientes a su oferta en el momento procedimental que no correspondía.

El párrafo 3º del artículo 150.2 TRLCSP, establece que «La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia». Para hacer posible esta valoración separada, «las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración

separada». Cumpliendo el mandato de desarrollo reglamentario, el artículo 26 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, dispone que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos».

Del análisis de esta normativa se deduce que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.

Consecuentemente, debe analizarse si la introducción de los documentos señalados por la recurrente en el sobre que corresponde a los criterios evaluables mediante un juicio de valor, cuya apertura ha de ser anterior a la del sobre en el que figuran los datos relativos a los criterios evaluables mediante fórmulas, ha comprometido la objetividad de la valoración, en los términos que la normativa aplicable exige y que se han explicado en el párrafo anterior (ver, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, y la jurisprudencia que en él se cita).

6.3.2 Vulneración material del secreto

Resolución 74/2017

La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha objetividad (ver, por ejemplo, la Resolución 191/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

6.4 OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS

6.4.1 Imposibilidad de apreciar anormalidad sin parámetros previos (en procedimientos con varios criterios de adjudicación)

Resolución 70/2013

Respecto al procedimiento de apreciación de oferta anormal o desproporcionada, debe recordarse que, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, sólo procede la aplicación de dicho procedimiento cuando el órgano de contratación ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 152.2 TRLCSP, fijando en los Pliegos los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición no puede ser cumplida (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). No siendo éste el supuesto del contrato analizado, no procede que el órgano de contratación examine si hay o no ofertas anormales o desproporcionadas. En contra de lo que alega el recurso, la cláusula 33 de la carátula del PCAP es clara en manifestar la voluntad del órgano de contratación de no utilizar parámetro alguno de anormalidad, puesto que la normativa a la que se refiere, los artículos 85 y 86 del RGLCAP, están pensadas para adjudicaciones en las que el único criterio es el precio más bajo (la antigua subasta) y el artículo 90 del RGLCAP impide la aplicación al concurso (actualmente, la adjudicación con uso de varios criterios) de los preceptos establecidos para la subasta en los citados artículos. Asimismo, debe señalarse que, cuando alega que el artículo 90 RGLCAP no es aplicable porque se refiere al concurso y el contrato se adjudica por procedimiento restringido, el recurrente está confundiendo los procedimientos de adjudicación (artículo 138.2 TRLCSP, en el caso, el restringido) con las formas de adjudicación (artículo 150.1 TRLCSP, en el caso, uso de varios criterios). Todo ello conduce a la desestimación del motivo.

6.4.2 Fórmula de anormalidad o desproporcionalidad que no puede aplicarse sin incurrir en arbitrariedad

Resolución 114/2013

El recurso denuncia, en primer lugar, la infracción de la cláusula 17 del PCAP y de la normativa que rige la apreciación de que una oferta está incursa en sospecha de ser anormal o desproporcionada. En concreto, se alega que el adjudicatario impugnado estaba incurso en dicha sospecha y que, sin embargo, no se tramitó el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP para que la empresa pudiera justificar que su proposición puede ser cumplida. El parámetro de la temeridad está expresamente señalado en el PCAP, tal y como pide el artículo 152.2 TRLCSP, y consiste en una remisión al artículo 85 RGLCAP. Este precepto establece los criterios que deben seguirse para determinar la temeridad en las subastas (en la actual terminología legal, adjudicaciones al precio más bajo), pero no hay,

en principio, inconveniente legal en que el poder adjudicador lo elija como parámetro en los procedimientos con uso de varios criterios. No obstante, la combinación del contenido del artículo 85 RGLCAP con las carencias del PCAP hace inviable en este caso la aplicación del sistema de baja anormal o desproporcionada, como se argumenta a continuación.

El artículo 85 RGLCAP compara las bajas con el presupuesto base de licitación. El objeto del contrato analizado es una relación sucesiva y periódica remunerada con dos precios unitarios distintos, uno para cada uno de los dos tipos de prestaciones que comprende (horas ordinarias y horas festivas), por lo que el presupuesto base de licitación es aquí una magnitud secundaria, en el sentido de que su importe es el resultado de multiplicar las horas por sus precios unitarios. Sin embargo, en el Pliego se indica un presupuesto global máximo y el importe máximo de cada uno de los dos precios unitarios, pero no se ofrece el dato del peso relativo de cada uno de los dos tipos de prestaciones en el presupuesto global; dicho de otro modo, se desconoce, siquiera estimativamente, la proporción de horas ordinarias y extraordinarias en el total de horas que la Administración va a solicitar. Esta carencia está implícitamente admitida por el órgano de contratación, que la suple acudiendo a la proporción 4 a 1, deducida, al parecer, de la ponderación del precio de cada horario como criterio de adjudicación; sin embargo, el mismo órgano reconoce que la experiencia de la ejecución del contrato en ejercicios anteriores señala que la proporción es cercana a 97 a 3. En cualquier caso, es claro que la documentación contractual no contiene información suficiente para que los licitadores puedan conocer cuál es el baremo para apreciar la temeridad ni, desde luego, para que el poder adjudicador pueda decidir si está obligado o no a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP, insuficiencia que no puede compensarse improvisando fórmulas no establecidas en los Pliegos, pues ello supondría interpretar en perjuicio de quien no ha provocado el problema interpretativo una cláusula oscura y, en definitiva, una actuación arbitraria. En este sentido, se recuerda que el principio de transparencia, el cual es en el ámbito de la contratación pública instrumento del principio de igualdad (artículo 1 TRLCSP), implica que los licitadores deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los datos relevantes para la determinación de la oferta más ventajosa, así como que esos datos deben ser lo bastante claros como para ser interpretados de la misma forma por todos los licitadores que se conduzcan con un grado normal de diligencia, exigencias que no cumple el parámetro de temeridad escogido (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, 24/11/2005, asunto C-331/04, de 12/11/2009, asunto C-199/07, de 16/2/2012, asunto C-77/2010 y de 10/5/2012, asunto C-368/10).

Tampoco es aceptable aplicar el artículo 85 RGLCAP sobre cada uno de los precios unitarios, como pretende el recurrente. En primer lugar, tal fórmula tampoco está claramente prevista en los Pliegos, por lo que le sería aplicable el reproche expuesto en el párrafo anterior. Por otro lado, sería contrario a la finalidad última del procedimiento de apreciación de la temeridad, que es comprobar si la oferta puede o no ser normalmente cumplida. Carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque podría concluirse que la desproporción en uno de los precios unitarios podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto. Nótese que, sin embargo, para llegar a esa conclusión haría falta conocer el peso relativo de cada precio unitario en el presupuesto global, dato que, como se ha señalado, no consta en la documentación contractual.

Llegados a este punto, hay que concluir que no es posible aplicar el parámetro de apreciación de oferta anormal o desproporcionada previsto en el PCAP sin incurrir en arbitrariedad, la cual se origina porque no se ha consignado en los Pliegos un parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de la oferta, como pide el artículo 152.2 TRLCSP, sino un clausulado que permite a la Administración interpretarlo arbitrariamente en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio, lo que conlleva que merezca la sanción de nulidad de pleno derecho (ver la Resolución 69/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, y la Resolución 31/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, p.ej.).

Resolución 74/2013

Una consolidada doctrina señala que, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos adjudicados en atención única al precio más bajo, en los que se adjudican con uso de varios criterios sólo es posible apreciar la existencia de ofertas anormales o desproporcionadas si previamente se han fijado los parámetros objetivos a los que se refiere este precepto (ver, por todas, la Resolución 314/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). No hay inconveniente legal en que dichos parámetros se fijen, como en el caso analizado, por remisión a los que reglamentariamente se prevén para la subasta (anterior denominación de la adjudicación al precio más bajo), puesto que se cumple el requisito de la objetividad. Sin embargo, el punto 11 de la carátula no hace una remisión pura y simple al artículo 85 del RGLCAP, sino que añade el requisito previo de que exista «igualdad de condiciones técnicas», que no figura en el citado precepto. No es fácil entender a qué se refiere esa mención. Para empezar, en la adjudicación de un contrato mediante el uso de varios criterios la desigualdad de las condiciones técnicas de las ofertas es consustancial al procedimiento, es más, es precisamente la razón de ser de esta forma de adjudicación (ver, por ejemplo, las letras b) y g) del artículo 152.3 TRLCSP), por lo que el hecho de que todas las ofertas sean técnicamente idénticas sería desde un punto de vista estadístico altamente improbable, lo que en la práctica supondría la inaplicabilidad de la cláusula, que no es la intención del órgano de contratación. Tampoco se puede referir a la igualdad de puntuación en la valoración técnica, no sólo porque lo desmiente la literalidad del texto, sino porque sería muy improbable que todas las ofertas obtuvieran la misma, lo que igualmente conllevaría la inaplicación práctica de la cláusula, además de que no parece que ello tenga relación con la posibilidad de que la proposición pueda ser efectivamente cumplida. Finalmente, entender que las ofertas, aun siendo distintas, están en igualdad de condiciones técnicas cuando respetan las prescripciones técnicas de los pliegos es una interpretación que se debe descartar porque convierte la cláusula en superflua, pues dicho respeto se presume de todas las ofertas cuyo precio se está valorando, pues de lo contrario habrían sido excluidas. Es sorprendente y revelador que ni en el procedimiento de apreciación de temeridad ni en las alegaciones formuladas con ocasión de este recurso especial el poder adjudicador haya sido capaz de explicar si se ha cumplido y en qué consiste el requisito de la «igualdad de condiciones técnicas», lo que abunda en la idea de que no se trata de una estipulación clara. En cualquier caso, ninguna de las interpretaciones de la mención debatida permitiría aplicar el procedimiento de apreciación de baja anormal al recurrente, pues las ofertas implicadas ni son iguales técnicamente ni tienen la misma puntuación, lo que lleva a anular las actuaciones realizadas. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta el principio según el cual la interpretación de una cláusula contractual confusa no puede beneficiar a la parte que ha provocado la oscuridad o, lo que es lo mismo, no puede perjudicar a quien

no es responsable de la dificultad interpretativa (ver el artículo 1.288 del Código Civil y las Resoluciones 49/2011 y 166/2013 del TACRC); en este caso la cláusula es responsabilidad del poder adjudicador y la oscuridad no puede perjudicar al recurrente.

Todo lo anterior lleva a considerar que la infracción legal no se produce únicamente por la actuación de la Administración en la licitación, sino que tiene su origen en que no se ha consignado en los Pliegos un parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de la oferta, como pide el artículo 152.2 TRLCSP, sino ante un concepto jurídico no sólo indeterminado (como reconoce el propio órgano de contratación) sino tan genérico y confuso que permite a la Administración interpretar arbitrariamente la cláusula en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio, lo que conduce a la declaración de nulidad de la cláusula debatida (ver la Resolución 248/2012 TACRC). La nulidad no se extiende al resto del contenido de los pliegos, cuyo contenido se mantiene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 30/1992.

6.4.3 Procedimiento de apreciación de la anormalidad

Resolución 37/2014

Primeramente deben analizarse los motivos de la impugnación basados en las supuestas irregularidades cometidas por el poder adjudicador en la ejecución del procedimiento previo a su exclusión. Para ello, en primer lugar debe recordarse la naturaleza y función de la figura de la oferta anormalmente baja o desproporcionada (también conocida, usando terminología procedente de la legislación anterior, como «baja temeraria»), tal y como la delimitan el TRLCSP y la legislación y la jurisprudencia europea que esta norma traspone a nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, concepto que, cuando se trata de valorar el precio como criterio de adjudicación, sólo puede identificarse con la oferta más barata. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas por su precio cuando quepa pensar razonablemente que no es viable la ejecución del contrato con una contraprestación tan reducida. La apreciación de la temeridad de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida, se recabará el informe del servicio técnico correspondiente y finalmente, se adoptará la resolución oportuna, para lo cual el poder adjudicador contará con un amplio margen de discrecionalidad (ver la Resolución 42/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Una reiterada doctrina (por ejemplo, Resolución 32/2013 del TACRC y Resolución 69/2013 del OARC/KEAO.) establece que, en los procedimientos de adjudicación en los que se usan varios criterios de adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción sólo podrá realizarse si constan en los Pliegos los baremos objetivos a los que se refiere el artículo 152.2 TRLCSP. El artículo 152.2 TRLCSP ha extendido estos mismos principios a aspectos contractuales distintos del precio.

DÉCIMO: La primera irregularidad que el recurso reprocha al procedimiento seguido es que en él se ha dado participación a los demás licitadores, no incursos en sospecha de temeridad.

El artículo 152.3 TRLCSP establece como único trámite de audiencia obligatorio el que debe ofrecerse al licitador cuya proposición incurra en temeridad, sin que se mencione a los demás licitadores. Esta regulación es lógica y consecuente con la naturaleza e intención del procedimiento, que es, por un lado, garantizar que el tercero tenga una posibilidad de demostrar la pertinencia de su oferta, y por otro, permitir al poder adjudicador formarse una idea clara sobre la viabilidad de la oferta, considerando también el informe técnico, emanado de los servicios de la Administración, de quienes se presupone cualificación profesional y objetividad. En cambio, las demás empresas no tienen que defender en este procedimiento la viabilidad de sus ofertas, que no se ha puesto en discusión, y las alegaciones que, en este caso, puedan emitir carecen de objetividad, pues tienen evidente interés en la exclusión de su competidor. Téngase en cuenta además la contradicción que supone conceder audiencia a empresas que no podrían recurrir una decisión del poder adjudicador que estime finalmente que la proposición puede ser cumplida, pues tal acto no es uno de los «actos de trámite cualificados» comprendidos en el artículo 40.2 b) TRLCSP, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar la resolución de adjudicación en razón de dicha estimación si la oferta inicialmente sospechosa es la seleccionada (Resolución 238/2011 del TACRC).

Siendo claro que la audiencia de las empresas no sospechosas de temeridad no se exige en el TRLCSP y es contraria a la naturaleza y finalidad del procedimiento, hay que añadir que, además, concurren en el presente caso la circunstancias que, por su relevancia en el acto impugnado, implican la indefensión del recurrente (artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). En primer lugar, las alegaciones de una de las empresas indebidamente convocadas al procedimiento han sido determinantes para formar el juicio desfavorable del poder adjudicador, como expresamente se admite en el informe que lo sustenta, y en segundo lugar, tales alegaciones no fueron dadas a conocer al recurrente, mientras que las demás empresas sí pudieron contar con el escrito en el que éste justificaba la pertinencia de su oferta. Todo ello supone que el poder adjudicador ha incumplido su obligación de dar a todos los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio en el procedimiento de adjudicación (artículos 1 y 139 TRLCSP), y conlleva la anulación del acto impugnado y la necesidad de retrotraer las actuaciones.

Resolución 71/2014

La razón de la exclusión de la empresa Digisystems se basa en la apreciación de que su proposición es anormal o desproporcionada en lo que se refiere a los valores ofertados para el «Tiempo de sustitución» y «Tiempo máximo inactivo por trimestre antes de sustitución». Debe recordarse la naturaleza y función de la figura de la oferta anormalmente baja o desproporcionada (también conocida, usando terminología procedente de la legislación anterior, como «baja temeraria»), tal y como la delimitan el TRLCSP y la legislación y la jurisprudencia europea que esta norma traspone a nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el

TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos. La apreciación de la anormalidad o desproporción de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente. Asimismo, una reiterada doctrina (por ejemplo, Resolución 32/2013 del TACRC y Resolución 69/2013 del OARC/KEAO) establece que, en los procedimientos de adjudicación en los que se usan varios criterios de adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción sólo podrá realizarse si constan en los Pliegos los baremos objetivos a los que se refiere el artículo 152.2 TRLCSP, requisito que en el presente caso se cumple en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Resolución 86/2015

El primer motivo del recurso es la consideración de que la oferta de la adjudicataria debió ser desestimada por incongruente. El análisis de este motivo debe partir de lo dispuesto en los siguientes incisos del apartado 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

> Una vez determinada la puntuación final obtenida por cada oferta admitida como válida, por la suma de todos los criterios de valoración, se remitirá a los Servicios Sociales el estudio económico presentado (en sobre 3) por la oferta mejor clasificada, al objeto de que por aquéllos se emita informe acerca de la congruencia entre la propuesta técnica y la económica. A la vista del informe, la Mesa propondrá, de forma motivada, la adjudicación del contrato o, en caso contrario, propondrá la exclusión de la oferta, procediéndose, en este supuesto, al análisis acerca de la congruencia de la segunda oferta mejor clasificada y así sucesivamente hasta hallar una oferta que obtenga la propuesta favorable de la Mesa de Contratación.
>
> Todas las propuestas económicas deberán guardar coherencia con el plan de trabajo presentado (proyecto técnico, mejoras, las obligaciones de subrogación, viabilidad…). Por ello, junto con el precio deberán presentar un análisis económico justificativo.

La finalidad de estas cláusulas parece ser descartar ofertas que resultan ser incongruentes si se ponen en relación la oferta económica y el plan de trabajo. Si bien el TRLCSP prevé la posibilidad de excluir las proposiciones que, por contener valores anormales o desproporcionados, cuando cabe suponer racionalmente que no pueden ser llevadas a cabo, tal exclusión se sujeta a un procedimiento específico que incluye, como requisito previo ineludible, que los Pliegos establezcan unos parámetros objetivos para identificar las ofertas inicialmente sospechosas de temeridad (artículo 152.2 TRLCSP y Resolución 70/2013 del OARC / KEAO). Este requisito se ha obviado completamente, pues no se han consignado dichos parámetros, los cuales se han sustituido por una mención indeterminada y genérica a la «coherencia» que en nada vincula al poder adjudicador y que, por lo tanto, le permite decidir sobre la admisión o exclusión de las ofertas sin sujeción a reglas prefijadas porque

tales reglas no existen. Todo ello es contrario al principio de igualdad de trato que inspira la contratación pública (artículo 1 TRLCSP) y facilita la actuación arbitraria de la Administración a lo largo de todo el procedimiento de adjudicación, por lo que existe un vicio de nulidad de pleno derecho que, a pesar de que los Pliegos no hayan sido recurridos en tiempo y forma, puede ser apreciado por este OARC / KEAO con motivo del recurso contra la adjudicación y conllevar, en su caso, la retroacción de actuaciones o la cancelación de la licitación.

Resolución 129/2017

La comunicación cursada por el poder adjudicador a todos los licitadores es un documento normalizado, igual para todos ellos, en el que se les pone de manifiesto la existencia de «posibles incongruencias o no concordancias», sin especificación alguna, y exige la presentación de un estudio técnico-económico «que justifique la viabilidad de las soluciones propuestas, donde se expresará claramente para cada prestación el origen de todas las cifras indicadas en el sobre C2». Consecuentemente, se debe descartar que esta petición se debiera a que las ofertas de todos los licitadores propusieran especificaciones técnicas diferentes o dudosas respecto a las requeridas, o a que contuvieran errores materiales subsanables, o imprecisiones que pudieran corregirse o completarse de manera puntual, pues no se especifica a cada uno de los licitadores los concretos aspectos de su oferta que suscitan dudas.

La finalidad de la actuación del poder adjudicador al solicitar el estudio técnico-económico, tal y como lo expresa en su comunicación, es la de asegurarse la viabilidad de las ofertas, lo cual es lo mismo que afirmar que se pretende que las licitadoras presenten un estudio del que se derive que lo propuesto tiene probabilidades de poderse llevar a cabo. La razón de este trámite no reside en las concretas ambigüedades o inconcreciones de las ofertas, ni la falta de congruencia entre los diversos documentos de la propuesta contractual, pues de ser ello así se hubieran solicitado a cada licitador los aspectos concretos de su oferta susceptibles de ser aclarados, sino la de constatar la viabilidad de la solución propuesta. En este sentido, es ilustrativo que el informe de SIAR (encargado de valorar los estudios técnico-económicos aportados por los diversos licitadores) en el que se basa la exclusión se titule «Informe técnico-económico justificativo de la viabilidad de las soluciones propuestas». Esta intención del poder adjudicador coincide con la naturaleza y finalidad del procedimiento de identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas (art. 152 TRLCSP) a cuyo respecto este OARC/KEAO en pronunciamientos anteriores ha manifestado que «Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos.» (ver, Resoluciones 71/2014 y 95/2015 de este OARC/KEAO)

Ahora bien, el TRLCSP prevé un procedimiento específico para descartar proposiciones cuando cabe suponer racionalmente que no pueden ser llevadas a cabo, el cual, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, requiere como requisito previo ineludible, que los Pliegos fijen los parámetros con los que se puede considerar, inicialmente, que la proposición no puede ser cumplida (artículo 152.2 TRLCSP). Así, este OARC/KEAO, en pronunciamientos anteriores ha manifestado que, cuando se

trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios, sólo procede la aplicación de dicho procedimiento cuando el órgano de contratación ha hecho uso de la posibilidad prevista en el mencionado artículo y expresado los criterios a emplear para su apreciación, (ver, Resolución OARC/KEAO 70/2013). Consecuentemente, se debe estar a lo que establezcan los Pliegos para apreciar objetivamente que existen ofertas anormales o desproporcionadas.

Del examen de los pliegos que rigen el contrato no se observa que el órgano de contratación haya previsto parámetro objetivo alguno para apreciar la anormalidad o desproporción de la proposición, esto es, para apreciar un indicio de que no es viable. La referencia que se efectúa en la cláusula 12 del PCAP a que «El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente» no puede ser aplicada pues, precisamente, faltan los criterios objetivos que habilitan al poder adjudicador a iniciar el procedimiento del art. 152 del TRLCSP.

La exclusión se fundamenta en que en el informe encomendado a SIAR al objeto de analizar el estudio técnico-económico se plasma que la documentación aclaratoria presentada por la recurrente adolece de «koherentzia eta argitasun falta, eta akatsak azken laburpeneko taulan». Por su parte, en el acta de la Mesa de contratación correspondiente a su sesión de fecha 13 de julio de 2017, consta la aprobación del informe técnico realizado por Luis Miguel Navarro Zapatero (SIAR INGENIERIA) y se extracta una parte del mismo en el que se manifiesta lo siguiente:

> (…)
>
> Una vez analizada la documentación de los Licitadores se detecta que no todos presentan, tal y como establece el requerimiento, un estudio técnico-económico donde se exprese claramente para cada prestación el origen de todas las cifras indicadas en el sobre C2.
>
> Concretamente las empresas CLECE, UTE FCC-SOPRENER y TECUNI lo justifican de acuerdo al requerimiento de la Mesa de contratación, pero IMESAPI, SICE y VALORIZA FACILITIES no expresan claramente el origen de todas las cifras indicadas en el sobre C2, por lo que el técnico que suscribe propone la desestimación de las ofertas de estos licitadores.»

La falta de coherencia entre la proposición técnica y la económica que aduce el poder adjudicador no se deriva del contraste de estos documentos sino del análisis que se realiza del estudio técnico-económico aportado una vez valorados los criterios sujetos a juicio de valor y conocida la oferta evaluable mediante la aplicación de meras fórmulas. Ello imposibilita que la exclusión se pueda basar en el artículo 84 del RGLCAP, que exige que sea la propia proposición la que no guarde concordancia con la documentación examinada y admitida. El estudio técnico-económico solicitado no forma parte de la proposición, y no se solicita para rectificar errores o aclarar concretas ambigüedades sino para justificar la viabilidad de la oferta.

El informe que realiza SIAR del estudio técnico-económico presentado por las licitadoras

se centra principalmente en examinar si justifican las cifras del sobre C2, además de realizar alguna valoración sobre la calidad de la oferta. Ello es propio de un procedimiento incidental de oferta anormal o desproporcionada y no de una fase de aclaración de errores o ambigüedades de la oferta por lo que la naturaleza real del procedimiento seguido por el poder adjudicador es el primero, no el segundo, con independencia de la denominación que le haya dado.

Consecuentemente, cuando se trata de un contrato que se adjudica mediante el uso de varios criterios y no se han previsto criterios objetivos de apreciación de la posible concurrencia de ofertas anormales o desproporcionadas, no cabe iniciar un procedimiento tendente a apreciar la viabilidad de las propuestas contractuales efectuadas. Por ello, el informe emitido por SIAR en una fase del procedimiento posterior al de la valoración sucesiva y separada de los diversos criterios de adjudicación, con apreciaciones sobre la viabilidad y calidad de la oferta técnica en base a un documento no solicitado en las bases de la licitación, tiene la naturaleza de una nueva valoración de la oferta. Esta actuación equivale a alterar las reglas del procedimiento establecidas en el PCAP y, en concreto, la de la evaluación separada de los diversos criterios de adjudicación establecida en el art. 150 del TRLCSP, lo cual se sanciona con la nulidad de pleno derecho del art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (ver, en este sentido, la Resolución 103/2016 de este OARC/KEAO).

El poder adjudicador no ha efectuado un procedimiento de aclaración de la oferta sino otro, no previsto expresamente en los pliegos de la licitación y por consiguiente no procedente, tendente a descartar ofertas cuando cabe suponer racionalmente que no pueden ser llevadas a cabo. La consecuencia no puede ser otra más que la de la anulación de las actuaciones efectuadas tras la apertura de los criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas, entre las que se encuentra la exclusión de la recurrente, y retrotraer el procedimiento al momento de valoración de la oferta de la recurrente conforme a dichos criterios para continuar posteriormente con el procedimiento de adjudicación.

6.4.4 Justificación de la decisión del poder adjudicador

Resolución 42/2015

El art. 152.4 TRLCSP exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa pero, en caso de conformidad, no se requiere que se expliquen de manera exhaustiva los motivos de aceptación (Resolución TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).

6.4.5 En precios unitarios

Resolución 53/2015

Como bien recuerda el informe del poder adjudicador, la aplicación de las fórmulas por las que se aprecia inicialmente que una oferta está incursa en anormalidad o desproporción, cuando se trata de un contrato descompuesto en precios unitarios con presupuesto estimativo sujeto a las necesidades de la Administración, fue tratado por este OARC / KEAO en su Resolución 114/2013. En ella se decía que aplicar dicha fórmula a cada uno de los precios unitarios «sería contrario a la finalidad última del procedimiento de apreciación de la temeridad, que es comprobar si la oferta puede o no ser normalmente cumplida», añadiéndose que «carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque podría concluirse que la desproporción en uno de los precios unitarios podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto.» Se indicaba, además, que «para llegar a esa conclusión haría falta conocer el peso relativo de cada precio unitario en el presupuesto global». En el presente caso, ese dato consta en el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP, y el cálculo para aplicar la fórmula de anormalidad prevista en la cláusula 33, «20 puntos porcentuales respecto a la baja media de las ofertas a valorar», se ha ajustado plenamente a él. En este sentido, debe señalarse que, como se establece en el citado apartado 30.2.1, las «ofertas a valorar» no son las relativas a cada precio unitario, sino una única oferta cuyo importe se calcula mediante una ponderación de los precios unitarios en la globalidad de las prestaciones de cada lote. Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado.

6.4.6 Doctrina general

Resolución 62/2016

Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 71/2014 y 95/2015 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, señalando que «Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos. La apreciación de la anormalidad o desproporción de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente.» En este sentido, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640), en su considerando 5, viene a señalar que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las «(…) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición.», y en su considerando 53 que es necesario que «(…) cada licitador sospechoso

de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.»

En relación a la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución 683/2014 ha manifestado que «la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.»

En cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en temeridad, en la Resolución 97/2015 este Órgano Resolutorio ha sostenido que «(…) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución –el artículo 152.4 TRLCSP dice que «la oferta no puede ser cumplida»–. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio.» Y en la Resolución 42/2015 que «El art. 152.4 TRLCSP exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa pero, en caso de conformidad, no se requiere que se expliquen de manera exhaustiva los motivos de aceptación (Resolución TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).»

Por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien «(…) el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común.» (ver, en especial, el apartado 72).

Finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad y, en este sentido, en la Resolución 095/2015 de este OARC / KEAO se afirma que «(…) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, que el OARC / KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los

hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC / KEAO).»

Resolución 86/2018

Por lo que se refiere a la alegación de anormalidad o desproporción de la oferta de la adjudicataria, debe tenerse en cuenta que el artículo 82 de la LCSE, precepto que rige las ofertas anormales o desproporcionadas en el ámbito objetivo en el que se incluye el contrato impugnado, no exige que los pliegos de la licitación incluyan los parámetros objetivos que deberán permitir identificar las proposiciones inicialmente sospechosas (como sí hace, por ejemplo, el artículo 149.2 b) de la LCSP). Por lo que se refiere a los pliegos de la licitación, el apartado 8.1, párrafo sexto, del PCG establece que no se aceptarán proposiciones que contengan valores anormales o desproporcionados, siendo la carátula el documento en el que se determinan los concretos valores que tendrán tal consideración y con qué alcance; la carátula del expediente no contiene mención alguna al respecto. A juicio de este Órgano, ello debe interpretarse en el sentido de que, ante este silencio de la documentación contractual, se aplica el régimen previsto en la LCSE. Como ya se ha dicho, este régimen se caracteriza por no precisar de parámetros objetivos previamente establecidos (reglamentariamente o en los pliegos) para identificar las ofertas inicialmente sospechosas de anormalidad, dejando al órgano de contratación un amplísimo margen discrecional para estimar cuándo una proposición es anormalmente baja «…en relación con la prestación» (artículo 82 de la LCSE). Por todo ello, ET, que no inició el procedimiento previsto en el citado artículo 82 de la LCSE, no tenía ninguna obligación reglada de hacerlo, y tampoco hay norma alguna que le obligue a motivar expresamente su decisión, para la que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO).

6.5 SUBSANACIÓN Y ACLARACIONES

6.5.1 Ausencia total de documentación

Resolución 10/2012

La cuestión que se plantea en este momento estriba en saber si la ausencia total de documentación relativa a capacidad y solvencia puede o no ser objeto de subsanación.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA) en su informe 47/09, de 1 de febrero, afirma que:

> el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación

> de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.

En definitiva, puede subsanarse lo que existe pero no se ha aportado. Sin embargo en el caso concreto que se resuelve, en el momento de la presentación hay una ausencia total de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130 de la LCSP, con lo cual de otorgarse un plazo para la su subsanación quebrarían totalmente los principios de no discriminación e igualdad que proclama el artículo 1 de la LCSP.

La propia JCCA en el párrafo tercero de la Consideración Jurídica 3. del informe 48/02, de 28 de febrero de 2003, aplicable al caso con las debidas actualizaciones normativas, manifiesta que:

> La interpretación conjunta de los preceptos legal y reglamentario conduce a la conclusión de que, como ha declarado esta Junta en dos informes de 10 de noviembre de 1997 (expedientes 37/97 y 44/97) los dos en relación con los artículos 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 101 del Reglamento General de Contratación del Estado entonces vigentes, aunque sus criterios son trasladables a los artículos 79 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al artículo 81 de su Reglamento no puede sentarse la conclusión de que el precepto reglamentario pueda servir para eludir el cumplimiento del precepto legal, pues en este caso se opondría a su contenido y habría que considerarlo derogado tácitamente (…) «por lo que la primera conclusión que debe sostenerse es la de que el artículo 80 (hoy 79) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe ser cumplido y, por tanto, descartar la alternativa que se consigna en el escrito de consulta de que la falta de cualquier documento exigido…. pueda calificarse de defecto material y pueda subsanarse.
>
> Aplicando los anteriores criterios a los supuestos de hecho consultados se deduce que la falta del sobre que contiene los documentos sobre capacidad de obrar no puede considerarse defecto subsanable (…).

De todo lo dicho se deduce que la ausencia total de documentación relativa a la capacidad y solvencia de obrar no se encuentra dentro de los supuestos de errores u omisiones subsanables que prevé el artículo 27 del Real Decreto 817/2009.

6.5.2 Subsanación oferta técnica

Resolución 57/2013

Plantean también Ferroser Infraestructuras, S.A. y Construcciones Lauki, S.A. que la mesa de contratación debió darle, en su caso, la oportunidad de subsanar la documentación en el plazo de tres días hábiles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tal posibilidad se limita a la documentación acreditativa de la capacidad y la aptitud para contratar (artículo 146.1 TRLCSP), y no es extensible a los documentos contenidos en los sobres relativos a la oferta técnica y económica (ver, por ejemplo, la Resolución 219/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC), por lo que no procede, en principio, en el caso que se analiza. Esta doctrina tiene una matización, y es que si el requisito cuya acreditación documental falta es materialmente un requisito de capacidad o solvencia debe darse la oportunidad de subsanación, aunque los Pliegos prevean que se aporte con la oferta económica o técnica (Resolución 296/2012 del TACRC). Sin embargo, y sin entrar a valorar si la composición del equipo permanente de trabajo es o no un requisito de solvencia, lo cierto es que, en cualquier caso, faltaría una condición fundamental para aplicar la posibilidad de subsanación, y es que se trata de un plazo para aportar documentación acreditativa de requisitos ya existentes, pero no para adquirir requisitos que no se tenían anteriormente. Esta última es la pretensión del recurrente, pues la subsanación

que pide es en realidad una oportunidad para rehacer su proposición en lo relativo al equipo de trabajo, rectificando la considerada errónea por el órgano de contratación y cambiándola por otra ajustada a los Pliegos.

Resolución 100/2014

La aportación, con posterioridad a la presentación de la oferta, de una muestra de un aparato cuya descripción e identificación constan indubitadamente en la documentación técnica previamente entregada, de tal modo que el poder adjudicador puede verificar con certeza la concordancia entre la muestra y dicha documentación y, en su caso, excluir al licitador si observa incoherencias entre ambas, no constituye modificación de la oferta y puede ser objeto de subsanación.

Resolución 30/2016

El argumento referente a que, en contra de lo dispuesto en la cláusula 12.4.1 del PCAP, toda la documentación presentada por IMPRENTA UNIVERSAL eran fotocopias sin compulsar, tampoco puede prosperar pues, tal y como ha puesto de manifiesto este OARC/KEAO en pronunciamientos anteriores (Resolución 7/2013) la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre el carácter antiformalista del procedimiento de contratación y, en este sentido, considera que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que

conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, señalando que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad (por todas, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 21 septiembre 2004 RJ 2005\415 (FJ 5º). De hecho, fue la propia administración contratante la que, en un principio, no solicitó la subsanación de dicha deficiencia y, a este respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su apartado 2 dispone que «Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación». De la simple lectura de este precepto se desprende que en el caso de apreciarse defectos y omisiones en la documentación administrativa presentada por los licitadores la mesa de contratación deberá concedérseles un plazo no superior a tres días hábiles para que los corrijan o subsanen. Téngase en cuenta que la no concesión de dicho plazo puede suponer una actuación discriminatoria causante de una potencial indefensión, lo que motiva que la mesa pueda recabar la subsanación de los meros defectos formales de la documentación en cualquier fase del procedimiento anterior a la adjudicación.

Resolución 93/2016

En tercer lugar, UNI2 denuncia que en el pliego no se contemplaba como causa de exclusión la no presentación de la oferta en euskera y que, en todo caso, un defecto así debería ser motivo de subsanación de la oferta.

La exclusión de la licitación de Uni2 fue adoptada por la Mesa de contratación en su reunión de 3 de junio de 2016. Del acta de la reunión extraemos por su interés el siguiente contenido:

> El arquitecto técnico explica la puntuación otorgada a cada proposición, así como el incumplimiento por parte de los licitadores «Uni2» y «Xoilan» de la condición impuesta en la cláusula 22 del pliego de condiciones administrativas particulares en lo que respecta a la presentación en euskera del proyecto. Dicha cláusula dispone lo siguiente: En cumplimiento de la normativa para normalización lingüística municipal, el proyecto se presentará en EUSKARA o en BILINGÜE, dando prioridad al euskara
>
> (…)
>
> El representante de la empresa Uni2 rebate sobre la legalidad de la presentación del proyecto en euskera. Responde la secretaria del ayuntamiento Alazne Garmendia indicando que es una condición a cumplir dispuesta en el pliego de condiciones administrativas particulares aprobado,

> que nadie, ni la empresa Uni2, presentó alegación alguna en contra y que dicho pliego ha sido aceptado por los licitadores que han presentado sus propuestas.
>
> La Mesa entiende que si el licitador ha concurrido a un procedimiento de licitación lo hace asumiendo el contenido de los Pliegos y que el pliego de condiciones constituye la Ley del contrato, debiendo someterse a sus reglas tanto la Administración contratante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases. Así pues, resulta claro que si la oferta no reúne los requisitos que el pliego de condiciones determina, no puede ser admitida, por cuanto una de las partes (el licitador) no ha presentado su oferta según lo dispuesto en los pliegos.
>
> Por todo lo expuesto, la Mesa acuerda excluir a los licitadores «Uni2» y «Xoilan» por cuanto su oferta no se acomoda a lo exigido en el pliego de cláusulas administrativas. Por lo tanto, no procede estudiar dicha oferta ni abrir el sobre «C».

El incumplimiento por parte Uni2 sobre la lengua de presentación del proyecto no se discute; sin embargo, se debe señalar que ni el PCAP ni el de condiciones técnicas prescriben que un incumplimiento formal como el producido lleve anudada directamente la exclusión de la licitación.

Este OARC / KEAO en su Resolución 20/2015 consideró que «La exigencia de una formalidad concreta va unida a dos principios como son el de transparencia, según el cual las reglas que rigen la licitación deben ser lo suficientemente claras como para poder ser entendidas de la misma forma y de manera constante durante todo del procedimiento por todos los interesados que desplieguen una mínima diligencia para su interpretación; y el de igualdad, que impide admitir una forma de presentación distinta a la exigida cuando conlleva una ventaja respecto de los licitadores que sí han cumplido, como sucede si se otorga la oportunidad de ofrecer mayor información alterando las reglas establecidas. A estos principios hay que añadir los de libertad de acceso a la licitación y de proporcionalidad.»

Por su parte, en la Resolución 67/2014 se examinó la claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión afirmando que «(…) en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).»

Finalmente, en la Resolución 106/2015 este Órgano manifestó que «Aquí cobra especial relevancia el principio de proporcionalidad, ya aludido por este Órgano resolutorio con anterioridad (Resolución 57/2012), que exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos y que obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a

pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto T-195/08, Anterpse Bouwwerken, apartado 57).»

Resolución 141/2016

Sobre el principio de igualdad, siguiendo el hilo argumentativo ya expuesto en la Resolución 093/2016 citada, se debe expresar que el incumplimiento que motiva la exclusión no altera el contenido de la oferta ni la valoración que la misma pudiera merecer en la aplicación de los «criterios de valoración por aplicación de fórmula» que prevé el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP. Es más, de la lectura del cuadro informativo anteriormente reproducido, que hace referencia a que el formato digital debe ser «obligatoriamente mediante archivos cuya información/contenido sea seleccionable, ya sean pdf, Word, Excel…», parece deducirse que la presentación de la documentación en estos formatos digitales tiene por objeto facilitar la labor del órgano de contratación en la elaboración de los informes sobre criterios de juicio de valor y criterios que requieren la aplicación de fórmulas, sin que el formato digital parezca tener otra virtualidad. No contradice lo anterior el hecho de que en el apartado 31.1 de la carátula esté expresamente prevista la exclusión del licitador que no presente la documentación en ambos formatos; la exclusión acordada impide al licitador continuar en el procedimiento, decisión que no es en este caso proporcional a la omisión que la causa, que bien pudiera haberse corregido con la concesión de un trámite como la subsanación, y que los pliegos no contemplan pero tampoco prohíben, que ni siquiera sería una aclaración de la oferta sino el cumplimiento de un mero requisito formal que el licitador podría fácilmente haber satisfecho. Además, la concesión del trámite de subsanación no hubiera supuesto la ampliación del plazo de presentación de la oferta ni tampoco la concesión de una ventaja competitiva para el licitador puesto que los términos de su oferta ya estaban fijados en la parte de la documentación entregada en formato papel.

Resolución 110/2017

El análisis de la legalidad del acto impugnado debe empezar por determinar la naturaleza del dato omitido, la relevancia de su no presentación y la posibilidad de subsanación. Aunque formalmente sea parte de la oferta económica, lo cierto es que no se refiere a ninguna cuestión relativa a las condiciones económicas bajo las que el licitador desea ser adjudicatario del contrato, ni es necesario para aplicar la fórmula de valoración de dicha oferta; asimismo, el dato tampoco alude a ningún aspecto de los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmula, por lo que su relevancia para la correcta valoración de la proposición es nula. Respecto a la alegación del poder adjudicador de que se refiere a una condición especial de ejecución del contrato, se observa que la cláusula 17 del PCEA, titulada «Cláusula social referente a las condiciones laborales mínimas de las empresas contratistas», establece en su apartado 2 que «los licitadores o licitadoras deberán indicar el convenio colectivo que será de aplicación a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato, en el caso de resultar adjudicatarios»; la estipulación parece querer dar cumplimiento al artículo 5.2 de la Ley 3/2016 del Parlamento Vasco, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. Esta

prescripción no puede considerarse, en sentido estricto, una condición especial de ejecución del contrato, porque no establece requisitos específicos en relación con la ejecución del contrato (considerando 104 de la Directiva 2014/24); únicamente regula una obligación del licitador (no del contratista) que se cumple con la formalidad de indicar un determinado convenio, sea éste el que sea (territorial con uno u otro ámbito, de empresa, etc.). En realidad, este requisito parece estar relacionado más bien con la obligación de facilitar al poder adjudicador cuanta información se requiera sobre las condiciones de trabajo aplicadas una vez adjudicado el contrato, que también recoge el apartado 2 de la cláusula 17 del PCEA, la cual tiene la finalidad de facilitar la verificación del cumplimiento por el contratista de las obligaciones sociales recogidas en los apartados 1 y 3 de la misma cláusula 17.

A la vista de todo ello, debe considerarse que no puede aplicarse aquí el principio, alegado por la Administración, de la inalterabilidad de la oferta económica, principio que, además, está matizado respecto a su formulación tradicional por alguna jurisprudencia europea que este OARC / KEAO ha asumido (ver la sentencia del TJUE de 27/3/2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, y la sentencia del Tribunal General de la UE de 10/12/2009, asunto T-195/08, ECLI:EU:T:2009:491, así como la Resolución 006/2011 del OARC / KEAO). Por el contrario, es procedente entender que nos encontramos ante una irregularidad subsanable mediante la simple aportación del documento debatido, habida cuenta de que éste tiene una importancia nula para determinar el valor de la oferta y su entrega extemporánea en nada perjudica al principio de igualdad de trato o la libre competencia pues, al no contener dato alguno relativo a la proposición, no hay peligro de que la altere en perjuicio de otros licitadores; en cambio, excluir al recurrente por una irregularidad de estas características parece completamente desproporcionado (ver la Resolución 049/2015 del OARC / KEAO). Todo ello conduce a entender que el poder adjudicador debió solicitar la subsanación de la citada irregularidad, lo que conduce a la estimación del recurso y a la retroacción de actuaciones.

6.5.3 Aclaración de las ofertas

Resolución 10/2011

En el caso que nos ocupa, puede afirmarse que la oferta del operador económico recurrente presentaba en su origen una indefinición sobre el modelo concreto propuesto para cada tipo de equipo.

Para la elaboración de los informes relativos a criterios que exijan un juicio de valor, los órganos técnicos gozan de un margen razonable de discrecionalidad. Este margen de discrecionalidad debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, que podrán ser discutibles o no, pero considerables en todo caso (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984). Sin embargo, en este caso, la indefinición de la oferta pudo aclararse por la comisión técnica que, dentro de su discrecionalidad, tuvo ocasión a la hora de elaborar informes técnicos efectuar todo tipo de preguntas, indagaciones, aclaraciones e incluso visitas a los centros de producción, siempre que no supongan una negociación de los términos del contrato, cuestión que está expresamente prohibida en los procedimientos abiertos por el artículo 141 LCSP.

En este sentido, el operador económico en su recurso hace una descripción de los requerimientos técnicos orientativos de los modelos propuestos por tipo de equipo (folios 342 a 344). Esta misma información pudo obtenerse por la comisión técnica simplemente solicitándola, en lugar de optar por la no valoración de la oferta (informe de 10 de junio de 2011).

A mayor abundamiento, una vez presentado el recurso y conocida la documentación descrita en el Antecedente de Hecho Octavo, la comisión técnica en su informe de 14 de julio de 2011 insistió en los mismos argumentos de su informe anterior de 10 de junio de 2011.

Además, la Mesa de contratación siempre podrá comprobar en la apertura de los sobres que contienen la oferta económica si las marcas y modelos ofertados se corresponden con los contenidos en la propuesta técnica.

En definitiva, no se trata sin más de admitir la propuesta del operador económico recurrente, sino de dar a éste la oportunidad de esclarecer la indefinición de su oferta inicial y que, en su caso, pueda ser valorada por la comisión técnica.

Resolución 109/2013

El artículo 84 RGLCAP establece que «si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.» Este precepto es la base de una consolidada doctrina que opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta y que únicamente se ha matizado para los casos de flagrante error material en los que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada; asimismo, el artículo 81 RGLCAP sólo prevé la subsanación de los defectos de la documentación administrativa, pero no de la oferta (ver, por todas, la Resolución 151/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, y todas las que en ella se citan). La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio de secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados. Por otro lado, sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la elaboración de su oferta, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Por ello, la actuación de la Mesa solicitando aclaración sobre la oferta no fue ajustada a Derecho.

Resolución 106/2015

Aquí cobra especial relevancia el principio de proporcionalidad, ya aludido por este Órgano resolutorio con anterioridad (Resolución 57/2012), que exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos y que obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto T-195/08, Anterpse Bouwwerken, apartado 57).

A la vista de ello, se puede afirmar que el poder adjudicador obró correctamente al solicitar aclaraciones al licitador y al considerar que la oferta de coeficientes es la ofertada en el sobre «C», tal y como manifestó el recurrente, pues resultaría desproporcionado rechazar una oferta por errores materiales en las leyendas de unos planos que no tienen como finalidad facilitar mediciones precisas.

Resolución 144/2015

A juicio de este Órgano, el incumplimiento está ampliamente acreditado y, por lo tanto, no era preciso que el poder adjudicador solicitara aclaración alguna; dicha aclaración solo hubiera podido llevar, en el mejor de los casos para el licitador, a que se alterara el contenido de su proposición para adecuarla al PPT, lo que significaría desbordar el límite que la jurisprudencia europea impone a la posibilidad de subsanación de la oferta en los procedimientos abiertos y restringidos en perjuicio de los principios de transparencia e igualdad de trato (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, asunto C-599/10).

Resolución 140/2017

A juicio de este OARC / KEAO, no cabe la solicitud de aclaración que demanda el recurso; una consolidada doctrina opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta. Esta solicitud está vinculada a la consideración de que la oferta de la UTE es ambigua por causa de que los pliegos son oscuros, lo que ya se ha descartado en el párrafo anterior. Por otro lado, debe recordarse que sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la confección de su proposición, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Esta posición únicamente se ha matizado para los casos en los que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente conocida mediante una aclaración que no suponga, de hecho, rehacer la oferta. La razón última de esta posición se puede encontrar en el principio de secreto de la oferta, que se vería desvirtuado si esta se puede alterar cuando se conocen las de los competidores, así como en los de igualdad de trato y transparencia, que se oponen, en un procedimiento abierto, a la negociación con los licitadores, aunque sea para solicitar supuestas aclaraciones, pues ello implicaría que se pudiera considerar que el poder

adjudicador ha negociado una oferta en perjuicio de los no consultados. En este caso, el recurrente pretende una reelaboración de su proposición lo que, como se ha dicho, no es aceptable.

Resolución 22/2017

Este OARC/KEAO ha admitido con anterioridad la posibilidad de que el órgano de contratación solicite excepcionalmente aclaraciones sobre la oferta siempre que haya proporcionalidad e igualdad de trato entre los licitadores y con el límite de que ello no conlleve la modificación de la oferta (ver, en este sentido Resolución 6/2011, 10/2011, 57/2012, 106/2015). Asimismo, en su Resolución 109/2013, constata la existencia de una consolidada doctrina que, tomando como base el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), opta por la imposibilidad de subsanar los errores de la documentación de la oferta y que únicamente se ha matizado para los casos de flagrante error material en los que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada. Finalmente, en diversas Resoluciones (Ver Resolución 57/2013, 14/2016, 115/2016) considera que la posibilidad de subsanación contemplada en el artículo 81 del RGLCAP se refiere a la documentación acreditativa de la capacidad y la aptitud para contratar del artículo 146.1 TRLCSP, que no es extensible a los documentos contenidos en los sobres relativos a la oferta técnica y económica.

En el supuesto que nos ocupa, el error alegado por la recurrente consiste en facilitar una información diferente en dos documentos de su oferta con respecto al país de destino de las plazas correspondientes a los premios extraordinarios de bachillerato pues en el modelo de proposición económica se oferta Toronto y en la memoria explicativa de la solución técnica que la acompaña se oferta Margate. La oferta de dos destinos diferentes no puede ser considerada como una información ambigua que necesite de concreción, ni como un mero error formal, únicos supuestos que admitirían la concesión de un plazo de subsanación, sino la oferta de dos destinos diferentes. En este caso, la contradicción es flagrante pues, mientras en el recurso especial, el recurrente insiste en que el destino ofertado en realidad es el manifestado en el modelo de oferta económica (Toronto), lo cierto es que la descripción de la oferta técnica, expresada en la memoria que acompaña a la oferta económica, se refiere a otro destino, el de Margate, del cual se detalla, además del centro en el que se impartirá la enseñanza objeto del contrato, las fechas de los cursos, el medio de transporte, así como la programación de la estancia, sin que efectúe mención específica a Toronto. Esta evidente contradicción se acentúa por la remisión genérica que la memoria técnica pueda realizar a la oferta económica la cual en ningún caso puede significar, tal y como pretende el recurrente, que su voluntad real fuera la de ofertar Toronto en lugar de la opción de Margate, minuciosamente descrita en su oferta. Téngase en cuenta que, de admitirse la pretensión del recurso, aspectos del contrato tales como el centro a impartir los cursos, las actividades a realizar durante la estancia, fechas del curso, etc., quedarían pendientes de concreción, debiendo realizarse una oferta sobre estos extremos.

Por otro lado y en relación al supuesto que nos ocupa, no cabe concretar a través del recurso especial un aspecto contradictorio de la oferta, y ello por dos razones: la primera es que, como se ha indicado anteriormente, no cabe, con carácter general, la subsanación de la oferta económica, y la segunda, porque el recurso especial no es un trámite de subsanación, sino de impugnación (ver la Resolución 236/2011 del TACRC).

Finalmente, se ha de señalar que la contradicción en la oferta del recurrente no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que le demande subsanación alguna (ver la sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

La conclusión a todo ello no puede ser otra que la Mesa de contratación actuó correctamente al aplicar al supuesto concreto la cláusula 22.b del PCAP que dispone que se rechazarán aquellas ofertas que «Presenten contradicciones, omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer con total certeza su contenido».

Resolución 28/2018

En relación con la solicitud de aclaraciones de ofertas imprecisas o que no se ajustan a las prescripciones técnicas solicitadas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. En el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. (STJUE de 29/3/2012, asunto C-599/10,ECLI:EU:C:2012:191, apartados 40 y 41).

Por ello, siguiendo esta jurisprudencia, este OARC/KEAO ha manifestado que el principio general es el de la imposibilidad de subsanar las imprecisiones o los errores de la documentación de la oferta técnica o económica (ver, en este sentido la Resolución 23/2018) y únicamente de forma excepcional ha admitido tal posibilidad siempre que se respeten los principios de proporcionalidad e igualdad de trato entre los licitadores y con el límite de que ello no conlleve la modificación o negociación de la oferta (ver, en este sentido las Resoluciones 6/2011, 10/2011, 57/2012, 106/2015, 22/2017).

Partiendo de estos parámetros se observa que el poder adjudicador, una vez realizada la apertura de los sobres que contienen los criterios evaluables mediante juicio de valor, procedió a solicitar una información a la adjudicataria impugnada, cuya presentación no se requería en los pliegos de la licitación, advirtiéndole que la partida económica era necesaria para una adecuada valoración de la oferta; información que al final del procedimiento ha sido relevante para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Téngase en cuenta que el licitador aporta una información nueva, que no figura ni siquiera de forma indirecta en su oferta, y que, si bien con las correcciones del poder adjudicador, es la que será tomada como base para la ponderación de uno de los criterios de adjudicación. A juicio de este OARC/KEAO, facilitar información nueva sobre un aspecto de la oferta y que esta información constituya la base sobre la que se pondera el criterio de «mejoras», equivale a conceder a uno de los licitadores la oportunidad de recomponer los datos de su oferta, lo cual constituye una negociación de los términos de la oferta contractual, y esta posibilidad se halla terminantemente prohibida en el procedimiento de adjudicación abierto (art. 157 TRLCSP).

7. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1 EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1.1 Claridad y proporcionalidad de la causa de exclusión

Resolución 67/2014

(…) En el caso de que esta argumentación, única posible a juicio de este Órgano, resultara insuficiente o dudosa, habría que añadir que, en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07). Así lo admite, de forma un tanto sorprendente, el propio informe interventor, que reconoce que el motivo de exclusión no está expresamente previsto en los Pliegos, y por ello ha podido pasar desapercibido para los licitadores. En el expediente consta que la Mesa de contratación sólo ha adoptado la decisión de exclusión después de dicho informe, manteniendo hasta entonces la consideración de la oferta de la recurrente como la más ventajosa; si un órgano especializado ha mantenido una interpretación de los Pliegos y sólo la ha variado después de un informe de fiscalización, es difícil reprochar a las empresas su falta de diligencia a la hora de cumplimentar sus ofertas. Finalmente, es oportuno traer a colación que, en última instancia, la oscuridad de las cláusulas de los Pliegos no puede perjudicar al licitador, que no es el causante de la misma (ver, por todas, la Resolución 39/2013 de este Órgano)

Resolución 49/2015

El fundamento de la exclusión impugnada es la omisión de una parte del modelo de oferta económica, tal y como éste se describe en el Anexo VI del PCAP. El citado modelo incluye un documento en que figuran los datos personales del representante de la empresa o empresario individual por el que éste designa los lotes a los que se licita, acata expresamente los pliegos y demás documentos contractuales, afirma el cumplimiento de ciertos requisitos y obligaciones de funcionamiento de la empresa y haber tenido en cuenta en la elaboración de la oferta las obligaciones laborales y medioambientales y propone unos precios para la realización del contrato en el caso de que sea elegido adjudicatario; los citados precios concretos no figuran en este documento sino en otro igualmente incluido en el Anexo VI denominado «adenda», al que el primero se remite. Este segundo documento sí contiene los precios unitarios ofertados para la realización del contrato (precios de mano de obra y transporte) en cada uno de los tres lotes en los que éste se descompone. El recurrente aportó la «adenda» con los precios unitarios pero no el documento con las declaraciones, por lo que fue excluido.

El análisis de la legalidad del acto impugnado debe empezar por determinar la naturaleza del documento omitido, la relevancia de su no presentación y las consecuencias de una posible subsanación. Aunque formalmente sea parte de la proposición, lo cierto es que no contiene ninguna cuestión relativa a las condiciones económicas o técnicas bajo las que el licitador desea ser adjudicatario del contrato, pues se trata de meros datos personales o de declaraciones generales que reiteran preceptos del TRLCSP (ver, por ejemplo, el artículo 145.1 TRLCSP), implican una redundancia con los requisitos de aptitud que hay que suponer ya acreditados (artículo 54.2 TRLCSP) o simplemente quieren recordar a la empresa cuáles son sus obligaciones legales en materia de empleo o medioambiente. Por ello, parece claro que se trata de un documento que, materialmente, no pertenece a la proposición económica, por lo que no puede aplicarse aquí el principio, alegado por la Administración, de la inalterabilidad de la oferta económica, principio que, además, está matizado respecto a su formulación tradicional por alguna jurisprudencia europea que este OARC / KEAO ha asumido (ver la sentencia del TJUE de 27/3/2012, asunto C-599/10, y la sentencia del Tribunal General de la UE de 10/12/2009, asunto T-195/08, así como la Resolución 6/2011 del OARC / KEAO). Por el contrario, es procedente entender que nos encontramos ante una irregularidad subsanable mediante la simple aportación del documento debatido, habida cuenta de que éste tiene una importancia muy escasa o nula para determinar el valor de la oferta o la capacidad del licitador y su entrega extemporánea en nada perjudica al principio de igualdad de trato, pues, al no contener dato alguno relativo a la oferta, no hay peligro de que la altere en perjuicio de otros licitadores.

Por todo ello, este OARC / KEAO entiende que en virtud del principio de proporcionalidad, a la luz del cual es desmedido excluir a un licitador por la omisión de un documento de contenido tan irrelevante y cuya subsanación es inocua para la igualdad y la competencia en el procedimiento, el poder adjudicador debió solicitar la subsanación de la irregularidad detectada, lo que conduce a la estimación del recurso y a la retroacción de actuaciones.

7.1.2 Motivación

Resolución 25/2014

OCTAVO: La razón en la que se basa el recurso es la ilegalidad de la exclusión impugnada, que el recurrente considera insuficientemente motivada e irregularmente notificada.

En el expediente sólo figura que, en el acta de apertura de la oferta económica, el secretario comunica que en base a la valoración, las empresas UTE Axpe/IDE, Deusto Sistemas y Entel, no pasan a la siguiente fase al no haber obtenido los 24 puntos necesarios», así como los resultados de la valoración técnica, en la que la recurrente obtuvo 9,31 puntos. Este Órgano ha señalado reiteradamente que, si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para

dicho proceso lógico (ver las resoluciones de este Órgano 52/2013, 93/2013 y 1/2014). Pues bien, la mera atribución de puntuaciones sin mayor explicación que soporte la adjudicación impugnada no satisface esta exigencia, pues se desconocen las concretas características y ventajas o desventajas de la oferta que han determinado dicha atribución. Debe recordarse que el recurrente desconoce «la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura» y «las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.», exigidas por la letras a) y c) del artículo 151.4 del TRLCSP (ver, en el mismo sentido, la Resolución 21/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC), por lo que carece de información suficiente para basar un recurso fundado (artículo 151.4 TRLCSP).

7.1.3 Si incumplimiento, insuficiencia declaración genérica de acatamiento de pliegos

Resolución 115/2014

(…) Tampoco es admisible el argumento de que la genérica afirmación de que se acatan los Pliegos de la licitación salvaría cualquier contenido concreto de la oferta contrario a ellos; además de que, por reducción al absurdo, esa interpretación podría llegar a convertir en superfluo el análisis de la adecuación al PPT de cualquier apartado de la oferta que no fuera la propia afirmación genérica, la alegación implica reconocer que existe una contradicción entre distintas partes de la proposición, lo que llevaría, igualmente, a su exclusión (artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

7.1.4 No es preciso un listado exhaustivo de supuestos de exclusión

Resolución 105/2016

Por otro lado, el motivo de la exclusión es correcto. Como se señalaba en la Resolución 119/2013 de este OARC / KEAO, de objeto muy similar al del presente recurso, la inadecuación de la oferta a las frecuencias del PPT conlleva el rechazo de la proposición, pues dicho documento contiene la voluntad de la Administración, es decir, los términos en los que ésta desea obligarse con el adjudicatario, y refleja las necesidades que se pretende satisfacer mediante la celebración del contrato, sin que sea preciso que los pliegos establezcan un listado exhaustivo de todos los posibles motivos de discrepancia con los requisitos contractuales que conllevan exclusión.

8. ADJUDICACIÓN

8.1 MOTIVACIÓN

8.1.1 Requisitos de la motivación y discrecionalidad técnica

Resolución 1/2014

Ambos recursos impugnan las valoraciones de los criterios sujetos a apreciación subjetiva, mostrando su disconformidad con las puntuaciones obtenidas por considerarse insuficientemente motivadas o por infracción de principios fundamentales de la contratación pública, especialmente el de igualdad. Respecto a la motivación de la valoración de los criterios de adjudicación, debe recordarse que «el control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina **«núcleo material de la decisión»**, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos» (ver, por todas, la Resolución 93/2013 de este Órgano).

Delimitado el alcance del control de la motivación que este órgano puede ejercer, es claro que dicho control debe empezar por el análisis de si dicha motivación es suficiente. El requisito de la motivación sólo se satisface si existe una argumentación que hace referencia al caso específico. La razón de esta afirmación es que si la motivación debe dar razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico (ver las resoluciones de este órgano 52/2013 y 93/2013). Pues bien, el informe técnico que soporta la adjudicación impugnada no satisface esta exigencia, pues se limita a anunciar cuál es la interpretación que se va a dar a los criterios de adjudicación señalados por los pliegos, pero no hace alusión alguna a las concretas características y ventajas o desventajas de las ofertas presentadas que han determinado la atribución de puntuaciones. Llegados a este punto, nos encontramos ante una motivación insuficiente, pues no permite que los interesados puedan interponer un recurso especial adecuadamente fundamentado ni da a conocer las características determinantes de la selección del adjudicatario o de la desestimación de las demás ofertas (artículo 151.4 TRLCSP), ni desde luego facilita a este Órgano la tarea de revisión de la adjudicación. Por todo ello, deben retrotraerse las actuaciones para que el poder adjudicador formule adecuadamente la motivación de la adjudicación.

Resolución 93/2014

NOVENO: Lantegi Batuak critica varias veces que la puntuación que se otorga a su oferta en el informe de valoración de criterios que requieren un juicio de valor. Al igual que hemos realizado en otras ocasiones, debe exponerse en primer lugar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC / KEAO (por todas, ver la Resolución 90/2013) se ha manifestado que «(…) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina **«núcleo material de la decisión»**, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.» En el caso analizado no consta infracción en estas materias, las cuales delimitan el ámbito de control en el que este Órgano puede entrar; en particular, se observa que el acto impugnado está suficientemente motivado por referencia a los criterios señalados en los Pliegos y que la valoración se ha producido con respeto a los principios generales del TRLCSP, en especial los de igualdad de trato y no discriminación. No obstante, deben realizarse además algunas precisiones sobre las alegaciones del recurso:

a) El recurso no acredita la existencia de ningún error material que le haya perjudicado con una menor puntuación que la debida; como bien señala el poder adjudicador, el perjuicio vendría, en todo caso, de la inadecuada cumplimentación de la oferta o de su falta de concreción, aspectos imputables en exclusiva al licitador.

b) Tampoco se ha justificado que los subcriterios empleados no estuvieran ya comprendidos en la definición más general de los criterios en los pliegos; por el contrario, es claro que, como afirma el poder adjudicador, se trata de subcriterios fácilmente subsumibles en ellos. Mucho menos se ha probado que se tratara de aspectos que, de haberse conocido previamente, hubieran alterado el contenido de las ofertas.

Resolución 100/2015

Se reprocha al poder adjudicador que la motivación no se adecúa al desglose de los criterios de adjudicación contenido en el Pliego que rige la licitación. Este Órgano estima

que, efectivamente, el informe técnico que sustenta la puntuación debatida es claramente insuficiente. En la carátula del Pliego (punto 4) se observa que dos de los criterios analizados, «Calidad del proyecto técnico» y «Capacidad organizativa y de gestión», se dividen en varios subcriterios (cuatro y tres subcriterios, respectivamente), entre los que se reparten la totalidad de los puntos atribuidos a cada uno de dichos criterios, figurando además expresamente la puntuación máxima concreta de cada subcriterio. Sin embargo, en el informe solo figura la puntuación total de cada criterio, sin referencia alguna a su desglose por subcriterios, de tal modo que no es posible discernir la puntuación obtenida en cada uno de estos últimos. Asimismo, la motivación no solo no formula explicaciones que vinculen hechos, valoraciones y puntuaciones para cada subcriterio, sino que incluso se da una explicación común para ambos criterios. Así, la motivación de la exclusión, al no hacer referencia a los criterios de adjudicación tal y como están plasmados en los Pliegos (artículo 151.1 TRLCSP), no permite al recurrente hacerse una cabal idea de la adecuación de las razones de su exclusión a los Pliegos de la licitación a fin de que pueda, en su caso, interponer un recurso fundado (artículo 151.4 TRLCSP). Esta omisión no puede suplirse por el desglose aportado en el informe de 24 de julio, y ello porque es extemporáneo y no pudo utilizarlo el recurrente para basar su impugnación. Por todo ello, el recurso debe estimarse parcialmente, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se proceda a una nueva motivación de las puntuaciones otorgadas que respete estrictamente los criterios y subcriterios establecidos, abriéndose entonces un nuevo plazo para la presentación de un recurso especial debidamente fundado si la empresa lo considera oportuno, previa la correspondiente notificación.

A la vista del nuevo acto que se dicte en sustitución del anulado y de su motivación y, en su caso, del recurso que contra él se interponga, podrá analizarse por este OARC / KEAO si la exclusión se ajusta o no a la legislación aplicable y a los Pliegos que rigen el procedimiento.

Resolución 33/2016

En síntesis, las alegaciones de la impugnación que deben ser valoradas por este OARC / KEAO son las que se refieren a la supuesta incorrección de la aplicación de los criterios de adjudicación con apreciación subjetiva, aplicación que se basa en un informe técnico. A la vista de la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 13/2016) corresponde, en primer lugar, recordar que la motivación es un requisito formal de los actos administrativos en los que es preceptiva; por lo que afecta al objeto de esta resolución, entre sus finalidades destaca facilitar la verificación de que la actuación de los poderes adjudicadores se ajusta a la legislación aplicable y a las bases de la licitación y no incurre en infracción de los principios jurídicos que limitan la actividad discrecional de la Administración, especialmente los de igualdad de trato y no discriminación e interdicción de la arbitrariedad. Dicho control puede ser ejercido por diversos operadores jurídicos, como las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación (razón por la cual la posibilidad de basar en la motivación un recurso fundado es un parámetro de su suficiencia legal, según el artículo 151.4 del TRLCSP), este OARC / KEAO y, en última instancia, los órganos judiciales. La motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto; sus elementos básicos, cuando el acto motivado es la adjudicación, son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada

proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO). Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto (ver la Resolución 72/2013 del OARC / KEAO).

Resolución 132/2017

No puede ser acogido el argumento de la recurrente, ya que la extensión del razonamiento es irrelevante si es suficientemente expresivo del proceso lógico que ha llevado al dictado de la decisión. Consecuentemente, una vez que constan las razones que fundamentan la adopción del acto, no es exigible adicionalmente que se siga un determinado itinerario argumental, como pretende el recurrente al requerir una ponderación de la relevancia del error; así lo demuestra además el hecho de que la supuesta infracción que denuncia no le ha impedido interponer un recurso fundado en derecho.

8.1.2 Requiere comparación entre ofertas distintas

Resolución 68/2013

En el caso analizado, se observa que el poder adjudicador ha reconocido expresamente que las puntuaciones en dos de los subcriterios debatidos (medios disponibles y titulaciones académicas) son idénticas para la empresa recurrente y para la adjudicataria, a pesar de que las ofertas son distintas. La razón esgrimida, tanto por el informe técnico como por las alegaciones del órgano de contratación, es la escasa importancia del criterio en el primer caso, habida cuenta de que los medios son proporcionados por el Ayuntamiento, y la mínima cualificación necesaria para las tareas requeridas en el segundo; por ello, y a pesar de reconocerse que la oferta del recurrente es superior, la puntuación es igual. De hecho, en uno de los casos se reconoce expresamente que no se quiere que esa superioridad se convierta en una mayor puntuación. Dicha razón no ha sido, en cambio, la utilizada para baremar la trayectoria profesional, donde sólo ha obtenido la máxima puntuación la adjudicataria, mientas que la recurrente ha obtenido una puntuación menor, proporcional a la menor experiencia de sus trabajadores.

Esta actuación del poder adjudicador es inaceptable por dos razones. En primer lugar, la finalidad de los criterios de adjudicación es comparar entre ellas las ofertas presentadas para determinar cuál es la económicamente más ventajosa, lo que diferencia estos criterios de los de solvencia (artículo 62.2 del TRLCSP), que determinan si el licitador cumple los requisitos mínimos de capacidad económica, financiera y técnica que le permiten ser adjudicatario del contrato. Pervirtiendo esa finalidad, se ha renunciado a comparar las ofertas y se ha puntuado igual a todas las que superaban un umbral mínimo («suficiente»), aunque unas superaran dicho umbral con más amplitud que otras, lo que es contrario al principio de igualdad (artículos 1 y 139 del TRLCSP). En segundo lugar, esta interpretación no ha sido aplicada en el subcriterio relativo a la trayectoria profesional, pareciendo claro que no existe ninguna razón objetiva para esta diferencia: si una mayor titulación no aporta

nada al contrato, una vez superado un mínimo, porque se trata de tareas sencillas, no se entiende por qué llevar más años realizando dichas tareas simples, una vez superada una mínima experiencia, va a seguir incrementando la calidad del trabajo. En cualquier caso, el principio de transparencia (artículos 1 y 139 del TRLCSP) exige no sólo que la Administración se someta a los criterios recogidos en el Pliego para seleccionar al adjudicatario, sino que los interprete de una forma previsible para todas las empresas interesadas razonablemente diligentes y de un modo constante durante todo el procedimiento (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, 24/11/2005, C-331/04, y 12/11/2009, C-199/07), principio que aquí se ha visto infringido al interpretar de forma distinta dos subcriterios de intencionalidad análoga sin motivo que lo justifique.

Por todo ello, la aplicación de los criterios debatidos no es correcta y debe anularse.

8.1.3 Motivación por referencia a un informe *in aliunde*

Resolución 30/2015

Es cierto que el requisito de la motivación puede satisfacerse, como señala el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, por la aceptación de informes o dictámenes pero, en ese caso, debe acompañarse el texto de dichos documentos, lo que aquí no consta; por otro lado, el poder adjudicador no puede imponer al interesado la carga de que pida el acceso al expediente para encontrar en él la motivación del acto que pretende impugnar, pues eso sería tanto como exonerarle del deber de notificar y motivar correctamente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 45/2014 y 100/2014 del OARC / KEAO).

8.1.4 Juicio sobre base fáctica errónea

Resolución 54/2015

El juicio técnico se ha asentado sobre una base fáctica errónea (considerar que el producto ofertado carece de control positivo cuando ello no es cierto), lo cual forzosamente ha de tener un reflejo en la ponderación de la oferta pues, si este dato hubiera sido irrelevante, no hubiera formado parte de la motivación.

8.2 OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

8.2.1 Desistimiento: razones de legalidad

Resolución 31/2013

El fondo del asunto versa sobre si en la Orden de la Consejera de Interior, Justicia y Administración Pública de fecha 17 de octubre concurren los presupuestos del art. 155.4 del TRLCSP para desistir del procedimiento de adjudicación. Este artículo dispone lo siguiente:

> 4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

Este órgano resolutorio considera que el desistimiento es una potestad reglada y, por ello, ha de estar fundado en razones objetivas basadas en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. El desistimiento pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato.

En este sentido, ambos operadores económicos recurrentes consideran que no se ha producido ninguna infracción no subsanable del procedimiento pues consideran que las cláusulas del PCAP y PBT son aplicables y permiten continuar con el procedimiento hasta la adjudicación del contrato si bien difieren radicalmente en lo referente a la interpretación de las cláusulas que desarrollan la posibilidad o no de presentar variantes y en los efectos que se desprenden de dicha interpretación pues para Euskaltel no procede la presentación de variantes siendo su consecuencia la de que toda la oferta de la UTE Telefónica ha de ser desestimada por aplicación de la cláusula 14.2.2 del PCAP, y para la UTE telefónica procede la presentación de variantes por lo que toda su oferta debe ser aceptada.

En consecuencia, habrá que proceder a analizar si efectivamente se aprecia la concurrencia de errores manifiestos en la redacción de los pliegos a los que hace referencia el Órgano de contratación en la Orden de desistimiento y si éstos constituyen infracción no subsanable de las normas de preparación o de adjudicación del contrato y por ello justifican el desistimiento acordado.

8.2.2 Renuncia: razones de interés público

Resolución 116/2013

Debe concederse la razón al recurrente cuando afirma que no se demuestra la existencia de una infracción legal no subsanable de las que justifican el desistimiento, pues el poder adjudicador no ha señalado ninguna estipulación de la documentación contractual ni

ningún acto administrativo del procedimiento afectado por un vicio de invalidez. En este sentido, es claro que la exclusión ilícita que dio origen a la Resolución 43/2013 no puede fundamentar el desistimiento porque tal decisión del OARC / KEAO precisamente supone la retroacción del procedimiento con la vocación, al menos en principio, de finalizarlo con la adjudicación. No obstante, a juicio de este Órgano, la motivación utilizada sí es suficiente para justificar la finalización del procedimiento, pues el acto impugnado satisface los requisitos propios de la renuncia, figura regulada en el artículo 155.3 TRLCSP, que establece que «sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente.» Al igual que el desistimiento, la renuncia pone fin al procedimiento de licitación sin adjudicar el contrato, pero se diferencia de aquélla en que debe fundamentarse en razones de interés público (es decir, de oportunidad) y no de legalidad, lo que origina el distinto régimen jurídico de la posibilidad de iniciar una nueva licitación. En el caso analizado se ha motivado, siquiera escuetamente, la contradicción con el interés público que supondría continuar con el procedimiento una vez efectuada la retroacción de actuaciones para adjudicar un contrato cuya ejecución en el plazo previsto sería ya imposible o, en el más optimista de los casos, para un periodo inicial de vigencia tan reducido que no se justificaría el esfuerzo de tramitación en comparación con el que se podría emplear con mucho más provecho en un nuevo expediente. A análoga conclusión lleva la aplicación del artículo 87.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), norma supletoria del procedimiento de adjudicación según el primer párrafo de la Disposición Final Tercera del TRLCSP. Según este precepto, «producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.» La imposibilidad de ejecutar un contrato por el transcurso del plazo fijado para ello en los Pliegos es un caso análogo a la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, uno de los supuestos a los que se refiere este artículo.

Existiendo una causa material razonable debidamente expresada que motiva la finalización del procedimiento y apoyo jurídico suficiente para considerar válido el acto impugnado, lo de menos es que se haya calificado como desistimiento y que no se hayan mencionado expresamente las bases legales señaladas en esta Resolución, pues la decisión cumple suficientemente con ellas y, en última instancia, sería aplicable el artículo 65 de la LRJPAC, que establece que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.» Por ello, la alegación de que la resolución recurrida no satisface los requisitos del desistimiento es cierta, pero irrelevante.

NOVENO: No puede aceptarse el reproche del recurrente de que el acto impugnado supone un incumplimiento de la Resolución 43/2013 de este Órgano. La posibilidad de renunciar a la celebración del contrato es una facultad cuyo ejercicio, una vez cumplidos los requisitos legales, compete al órgano de contratación en cualquier momento del procedimiento anterior a la adjudicación. La Resolución 43/2013 en absoluto ha privado al poder adjudicador de esta facultad, ni le ha prohibido renunciar o desistir. Es cierto que, teóricamente, la Administración podría usar ilegítimamente el artículo 155 TRLCSP para no adjudicar un contrato con el ánimo de perjudicar a un licitador o de eludir el cumplimiento de una resolución del OARC / KEAO, en cuyo caso podría llegar a aplicarse la doctrina de los actos en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil), pero, como se ha señalado en el fundamento anterior, la renuncia está suficientemente motivada, y la intención fraudulenta de la Administración no está en absoluto acreditada.

Resolución 91/2015

Por contraposición al desistimiento, regulado también en el mismo artículo 155 TRLCSP, que debe fundarse «en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación», la renuncia se basa en «razones de interés público debidamente justificadas en el expediente». La renuncia a la celebración del contrato puede acordarse por el órgano de contratación en cualquier momento anterior a la adjudicación (artículo 155.2 TRLCSP), sin que, en principio, quepa prohibirla cuando ya ha sido dictada una Resolución de este OARC / KEAO estimando un recurso especial contra una adjudicación o una exclusión y ordenando la retroacción de actuaciones; no obstante, tampoco puede descartarse, en el plano teórico, que el poder adjudicador pueda usar ilegítimamente el artículo 155 TRLCSP para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato (Resolución 116/2013 de este Órgano). Sin llegar a este extremo, que podría calificarse como desviación de poder (artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa), no es menos cierto que, siendo fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, tal análisis debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado. En este sentido, no puede obviarse que el presente recurso especial se interpone contra un acuerdo de renuncia adoptado tras el dictado de la Resolución 134/2014, de 30 de diciembre de 2014, de este OARC / KEAO, cuyo apartado primero de su parte dispositiva establece lo siguiente: «PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. frente a su exclusión del contrato «Servicios de telecomunicaciones para servicios singulares (lotes 1, 2, 3 y 4)», tramitado por la Administración General de la CAE, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión.»

Adicionalmente a esta circunstancia, debe examinarse también si los motivos de interés público alegados en la motivación del acto recurrido son coherentes con las incidencias señaladas en el recurso y que el informe del poder adjudicador confirma, pues se trata igualmente de parte importante del contexto fáctico y jurídico en el que debe enjuiciarse la cuestión. Nos referimos, en concreto, a la anómala tramitación del expediente de contratación que denuncia el recurso y al hecho de que una buena parte de los servicios que constituyen su objeto vengan prestándose sin cobertura contractual desde junio o julio de 2014 por los adjudicatarios iniciales, una vez agotado el límite de las prórrogas legalmente posibles, habida cuenta de la evidente necesidad de su continuidad.

Teniendo en cuenta de lo anterior, es necesario resaltar que, por un lado, parece claro que el primer interés público al que debe atender el poder adjudicador es salir lo antes posible de la actual situación, que implica la adjudicación de los servicios en pura vía de hecho. Debe señalarse que, si bien no puede dudarse del carácter esencial de la continuidad de la prestación para la buena marcha del servicio público, no es menos cierto que la justificación de la actuación de la Administración requeriría, al menos, que la medida adoptada fuera proporcionada al drástico perjuicio causado a los principios más elementales de la contratación pública (artículo 1 TRLCSP) y que no fuera, en su excepcionalidad, más allá de lo necesario para garantizar el citado servicio; ello exige, entre otras cosas, una especial

diligencia para tramitar el procedimiento que regularice la situación y reduzca al máximo el periodo de dicha excepcionalidad (ver la sentencia de 14 de junio de 2007, asunto C-6/05, apartado 61). Contrastada la documentación que consta en el expediente con este criterio, se observa que el poder adjudicador, que conocía con certeza la fecha en la que finalizaba la cobertura contractual de los servicios, publicó el 15 de marzo de 2014 el anuncio de licitación de la contratación que ahora se analiza y efectuó las aperturas de las ofertas con una agilidad aceptable (23 de abril y 24 de mayo). Sin embargo, a partir de ahí empezaron a acumularse retrasos difícilmente compatibles con el interés en una pronta adjudicación. Así, la exclusión de la recurrente por la inadecuación del contenido de la oferta se produjo el 8 de octubre de 2014, la reunión de la Mesa para acordar la ejecución de la Resolución 134/2014 se realizó el 23 de enero de 2015, solicitando un informe técnico de valoración de los criterios apreciables mediante fórmulas que no llegó a remitirse. Finalmente, el día 16 de junio de 2015 se dictó el acto de renuncia ahora impugnado, basado en parte en un escrito del 24 de abril del Director de Informática y Telecomunicaciones. A la vista de todo ello, es evidente que la Administración ha dilatado más allá de lo razonable la finalización del procedimiento de contratación sin que ni en el expediente ni en el informe del artículo 46.2 TRLCSP consten motivos para ello. Llegados a este punto, debe concluirse que no se ha empleado la diligencia necesaria para restaurar el interés público dañado por la prestación de los servicios en vía de hecho o, dicho de otro modo, se ha adoptado una actitud que ha favorecido que tal prestación irregular se haya prolongado en el tiempo y siga vigente en la actualidad, cuando una adjudicación en plazos normales debiera haberla puesto fin hace ya tiempo. Frente a ello, la justificación de la renuncia aporta unas razones de interés público que se basan, sobre todo, en las genéricas ventajas de la compra centralizada o masiva que, desde el punto de vista teórico, pueden predicarse de cualquier adquisición a gran escala (ventajas de «gran cliente», descuentos por volumen, etc.), sin que exista un mínimo juicio que compare las ventajas aportadas por la renuncia con el indudable interés en terminar con la actual situación que la adjudicación del contrato satisfaría. Si a todo ello se añade la posibilidad de que el recurrente pueda ser adjudicatario de servicios que ahora prestan irregularmente los contratistas iniciales, ninguno de los cuales es el citado recurrente, debe concluirse que de la documentación aportada en el expediente no se deduce que el acto impugnado tenga motivación suficiente ni que los argumentos alegados sean coherentes con la actuación administrativa y los hechos acaecidos durante el procedimiento.

Finalmente, la continuación del procedimiento hasta culminar con la adjudicación no le impide al órgano de contratación confluir en el contrato centralizado pues éste, según afirma el recurrente y no lo rebate el poder adjudicador, no ha sido publicado, por lo que se pueden redactar unas prescripciones en las que se prevea su incorporación futura.

Resolución 31/2016

Como se explicaba en la Resolución 91/2015 de este OARC / KEAO, por contraposición al desistimiento, regulado también en el mismo artículo 155 TRLCSP y que debe fundarse «en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación», la renuncia se basa en «razones de interés público debidamente justificadas en el expediente». La renuncia a la celebración del contrato puede acordarse por el órgano de contratación en cualquier momento anterior a la adjudicación (artículo 155.2 TRLCSP), sin que, en principio, quepa prohibirla por el solo hecho de que

haya sido previamente dictada una Resolución de este OARC / KEAO estimando un recurso especial contra una adjudicación anterior y ordenando la retroacción de actuaciones, aunque tampoco puede descartarse que el poder adjudicador pueda usar ilegítimamente el artículo 155 TRLCSP para eludir el cumplimiento de una Resolución del OARC / KEAO o perjudicar a un licitador bien posicionado para obtener el contrato (Resolución 116/2013 de este Órgano), situaciones que podrían calificarse como desviación de poder (artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa) o fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil).

A partir de este marco de referencia, del fundamento de derecho tercero de la resolución impugnada se deduce que la razón fundamental de la renuncia es que, habida cuenta de que el contrato estaba cofinanciado con fondos FEDER, resultaba esencial pagar el gasto derivado de la adquisición antes del 31 de diciembre de 2015 so pena de perder el derecho a una subvención de 200.000 euros, la mitad del coste del contrato. La veracidad de la relevancia de dicho plazo límite de ejecución para obtener la ayuda está acreditada por la cita de la normativa aplicable (artículo 20.3 b) de la Resolución de 27 de diciembre de Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación), y confirmada por una comunicación escrita de dicho órgano que consta en el expediente y que confirma su carácter de improrrogable. En principio, la pérdida sobrevenida de una subvención asociada a la ejecución del contrato puede aceptarse como un motivo de interés general válido para renunciar a su celebración, pues se alteran sus consecuencias presupuestarias, de modo tal que el hecho de que el gasto no vaya a ser ya parcialmente compensado con financiación ajena hace que pueda perder interés la adquisición al tener que asumirse un gasto no previsto (o, más precisamente, al perderse un ingreso previsto), lo que desvirtúa los iniciales cálculos sobre la eficiencia del contrato en los que debe basarse la actividad contractual del sector público (artículo 1 TRLCSP).

No obstante, como se afirmaba en la Resolución 91/2015 de este OARC / KEAO, no es menos cierto que «siendo fundamental en el análisis de la legalidad de la renuncia la verificación de la consistencia de los motivos de interés público alegados para sustentarla, tal análisis debe apreciar, entre otras cosas, que dichos motivos sean coherentes con los hechos y el itinerario procedimental anteriores al acto ahora impugnado.» En este sentido, debe considerarse en primer lugar el reproche formulado por el recurrente que, en síntesis, entiende que la actitud poco diligente en la ejecución de la Resolución 138/2015 demostrada por la UPV / EHU es la que ha hecho imposible cumplir con los requisitos para obtener la subvención del FEDER. Para comprobar la consistencia de esta observación, debe tenerse en cuenta que la citada Resolución es de fecha 11 de diciembre de 2015, y su contenido implicaba la necesidad de volver a aplicar uno de los criterios de adjudicación, la formulación de una nueva adjudicación, su notificación a los licitadores y la formalización del contrato en los plazos a los que se refiere el artículo 156.3 TRLCSP; contando además con que el plazo de entrega del suministro era de tres meses (apartado 5.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) y el de recepción del aparato de otro mes más (apartado 16.1 de la carátula del PCAP), resultaba del todo punto imposible la ejecución y pago de la prestación antes del 31 de diciembre (requisito de la subvención), por muy diligente que hubiera sido la Administración, por lo que el motivo alegado para la renuncia existía ya cuando se dictó la Resolución 138/2015. Sin embargo, lo decisivo del caso es que la misma imposibilidad temporal señalada, que existía el 11 de diciembre para acceder a

la subvención del FEDER, existía también el día 9 de octubre de 2016, lo que no impidió la aprobación de la adjudicación del contrato, que fue luego objeto de recurso especial.

Llegados a este punto, no es consecuente ni coherente con el historial del procedimiento y con las actuaciones anteriores del poder adjudicador que la causa alegada justifique la renuncia a la celebración del contrato solo después de una Resolución del OARC / KEAO que supone una retroacción de actuaciones y, en su caso, un cambio de adjudicatario, lo que lleva a anular el acto impugnado por ser insuficiente su motivación. Adicionalmente, resulta llamativo que, en contraste con la relevancia que la Administración atribuye ahora a la subvención para el buen fin del contrato, los pliegos no consideran esencial la ejecución y pago de la prestación antes del 31 de diciembre, sobre todo teniendo en cuenta que la memoria de inicio del expediente sí establecía que el producto debía «estar entregado, verificado y pagado antes del 31 de diciembre de 2015», mención que, significativamente, no se incorporó a la documentación contractual.

Resolución 101/2016

Respecto a la facultad de desistir del procedimiento, hay que partir de que el artículo 155 TRLCSP permite que el poder adjudicador desista o renuncie por razones jurídicas o de oportunidad, respectivamente, de la adjudicación del contrato. En su Resolución 31/2016, el OARC / KEAO señaló que «(…) en principio, la pérdida sobrevenida de una subvención asociada a la ejecución del contrato puede aceptarse como un motivo de interés general válido para renunciar a su celebración, pues se alteran sus consecuencias presupuestarias, de modo tal que el hecho de que el gasto no vaya a ser ya parcialmente compensado con financiación ajena hace que pueda perder interés la adquisición al tener que asumirse un gasto no previsto (o, más precisamente, al perderse un ingreso previsto), lo que desvirtúa los iniciales cálculos sobre la eficiencia del contrato en los que debe basarse la actividad contractual del sector público (artículo 1 TRLCSP)». Este criterio es aplicable también a un supuesto como el planteado, en el que finalmente no se materializa un compromiso de financiación con el que razonablemente se contaba. Desde ese punto de vista, la cláusula no es sino la especificación de un caso concreto de motivo de renuncia legalmente admisible y no cabe formularle reproche alguno (no de desistimiento, como dice el PCEA, si bien esto es poco relevante, puesto que las consecuencias jurídicas son prácticamente idénticas). No sucede lo mismo con la previsión de que, si se hace uso de la cláusula, se abonará al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, como indemnización por todos los conceptos, la suma de 10.000 euros. El artículo 155.2 TRLCSP establece que, en caso de desistimiento o renuncia, se compensará a los licitadores por los gastos en los que hubiesen incurrido de acuerdo con lo dispuesto en el anuncio, en el pliego o en los principios generales de responsabilidad de la Administración. Este precepto se incumple porque solo se recoge la indemnización a un licitador (el que haya presentado la mejor oferta) y no a los demás. Dado que la finalidad de la norma es compensar los gastos y perjuicios de presentación de la oferta y éstos, en principio, son equiparables para todos los licitadores, no hay razón para privilegiar la posición del propuesto como adjudicatario que, además, no disfruta de ningún derecho adicional por tener esta condición (artículo 160.2 TRLCSP).

8.2.3 Declaración de desierto

Resolución 40/2015

El procedimiento de adjudicación de los contratos públicos termina con la adjudicación del contrato (medio habitual), o por la declaración de desierto, el desistimiento o la renuncia (formas excepcionales de terminación). Hallándose el contrato en este caso adjudicado, el acuerdo posterior declarando desierto el procedimiento de adjudicación resulta a todas luces improcedente pues el acuerdo de adjudicación, si bien no perfecciona el contrato, es un acto declarativo de derechos; naturaleza que se deriva de la regulación que efectúa el art. 160.2 TRLCSP de la propuesta de adjudicación, la cual no genera derecho alguno a favor del propuesto como adjudicatario, y de la regulación de la formalización del contrato en el art. 156.3 TRLCSP, que se ha de ajustar con exactitud a las condiciones de la licitación, lo que conduce a afirmar que la adjudicación del contrato conduce inexorablemente a su formalización y, por consiguiente, perfección del contrato.

Esto implica que la revisión de la adjudicación se deberá someter a las normas contenidas en el propio TRLCSP, esto es, si se trata de una revisión instada por la propia entidad contratante por lo dispuesto en el art. 34 del TRLCSP (que se refiere a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada), que contiene una remisión al procedimiento del Capítulo primero (Revisión de oficio) del Título VII (De la revisión de actos en vía administrativa) de la LRJPAC, y si es a instancia de parte interesada a través del régimen de recursos establecido que, en el presente caso, es el recurso especial en materia de contratación (art. 40 y siguientes del TRLCSP) o, en su caso y si se dan los presupuestos exigidos por la LRJPAC, solicitando a la Administración la revisión de sus actos.

9. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

9.1 CUMPLIMIENTO Y EFECTOS

9.1.1 Recurso frente a acto de adjudicación dictado en ejecución de una resolución previa

Resolución 96/2013

TERCERO: El análisis del fondo del recurso nos obliga a determinar la naturaleza del acto contra el que se interpone el recurso para determinar si los argumentos que sustentan la pretensión deben ser estimados.

En este sentido debe indicarse que el recurso se interpone frente a la Resolución de 26 de agosto de 2013, de adjudicación del contrato de referencia que se dicta en ejecución de lo acordado por este órgano resolutorio con ocasión de un recurso anteriormente interpuesto por la actual adjudicataria contra el primer acto de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación del contrato a que hace referencia el presente procedimiento.

Este recurso, registrado como el número EB 2013/24, fue resuelto, tal y como se expresa en el apartado segundo de la parte expositiva de esta Resolución, en el sentido de estimar el recurso ordenando una nueva valoración de las ofertas económicas, que debería efectuarse en los términos expresados en la citada Resolución, excluyendo el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) al valorar las ofertas económicas efectuadas.

En consecuencia, se puede afirmar que no se trata de una nueva impugnación del primero de los actos de adjudicación, no pudiendo ser de aplicación, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada, sino de un nuevo recurso deducido contra un nuevo acto, lo que obliga al análisis del fondo para determinar si se cumplen o no los requisitos para su estimación.

9.1.2 Fijación por el OARC/KEAO de la oferta económicamente más ventajosa

Resolución 68/2014

UNDÉCIMO: Corresponde ahora analizar la pretensión del recurso, que no se limita a pedir la anulación del acto impugnado, sino que solicita además que el contrato se le adjudique, habida cuenta de que, computando únicamente los subcriterios incluidos en el criterio de adjudicación «Características de vehículos», su oferta obtendría la mayor puntuación. Es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 51/2014) que este Órgano no puede sustituir

a la entidad adjudicadora en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, tarea en la que dispone del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio puede llevar a varios resultados distintos, todos ellos legítimos. Este margen está fuera del control jurídico del OARC / KEAO, siempre que exista motivación suficiente y se ejerza dentro de los cauces que lo limitan (en especial, que el uso no sea arbitrario, el respeto al fondo parcialmente reglado fijado por los Pliegos y al procedimiento aplicable y la adecuación a los principios generales, sobre todo igualdad de trato y no discriminación). Sin embargo, esta inmunidad al control de legalidad debe ser matizada, pues puede resultar que, una vez depurado el acto de sus elementos ilegales y a la vista de su motivación, la discrecionalidad técnica quede tan reducida que no le quede ya a la entidad adjudicadora margen de elección alguno, careciendo entonces de sentido ordenar una retroacción de actuaciones cuyo resultado final está predeterminado; en ese caso, este Órgano puede pronunciarse sobre la adjudicación si en el expediente figuran todos los elementos para un pronunciamiento unívoco.

En este supuesto, como ya se ha dicho, la motivación de la resolución impugnada contiene toda la información necesaria para reconstruir el proceso lógico seguido por la entidad adjudicadora para atribuir la puntuación correspondiente al criterio «Características de los vehículos», de modo que es suficiente con suprimir de dicha argumentación los aspectos ajenos al criterio y computar únicamente los que sí se comprenden en él para determinar si el recurrente debió o no efectivamente ser adjudicatario. Gracias precisamente al cumplimiento por la entidad adjudicadora de su deber de motivación, este Órgano puede fijar, de modo inequívoco, cuál es la oferta económicamente más ventajosa a la vista de los criterios de adjudicación previstos en los Pliegos. Esta operación respeta estrictamente la discrecionalidad técnica de la entidad adjudicadora; téngase en cuenta que sólo se van a suprimir de la base de la decisión los elementos antijurídicos (en este caso, subcriterios no comprendidos en los Pliegos), función plenamente incluida en el «núcleo de la decisión» que sí está sometido al control de legalidad de este Órgano, y que no se van a alterar las demás puntuaciones discrecionalmente otorgadas por el órgano de contratación y relacionadas con el criterio de adjudicación debatido, las cuales se corresponden con el margen de apreciación anteriormente mencionado. Además, debe recordarse que el recurso especial no sólo puede anular el acto impugnado, sino también reconocer una situación jurídica individualizada, como solicita el recurrente (ver, por analogía, el artículo 71.1 b) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa).

9.1.3 Cosa juzgada administrativa (resolución firme)

Resolución 129/2014

SEXTO: El objeto del recurso es la Resolución de 10 de noviembre de 2014, de la Viceconsejera de Administración y Servicios, dictada en ejecución de la Resolución 108/2014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que anulaba la primera adjudicación (de la que era beneficiario el ahora recurrente) y ordenaba «la retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de propuesta de

adjudicación en el que se tenga en cuenta que el vehículo con matrícula 4722 HYJ dispone de 20 plazas de asiento, incluido el conductor, y se aplique el criterio establecido por la carátula del PCAP en su apartado 30.2.1. a) «Criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas», punto 6.- «Plazas autorizadas del vehículo preferente», párrafo 4º».

Como expresamente reconoce el escrito, los motivos de la impugnación de la adjudicación se fundamentan en el desacuerdo con el contenido de la citada Resolución 108/2014 y se afirma que la nueva adjudicación tiene su origen y justificación en la Resolución de este Órgano, « (…) por lo que los defectos de aquélla deben provocar la anulación o rectificación de ésta.»

El poder adjudicador solicita la inadmisión del recurso por entender que su pretensión es cosa juzgada y que la tramitación sería contraria al principio de seguridad jurídica y a la legítima confianza de los adjudicatarios, generándose un bucle de difícil solución. Esta alegación debe ser aceptada. La acción ahora ejercitada no versa sobre ninguna cuestión novedosa; por el contrario, versa sobre contenidos que se limitan a ejecutar la Resolución 108/2014, existiendo identidad de la causa de pedir, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007). Por ello, se deben aplicar los efectos de la denominada cosa juzgada administrativa e inadmitirse el recurso.

Resolución 137/2015

DÉCIMO: Con carácter previo, este OARC / KEAO debe analizar la cuestión planteada por el adjudicatario impugnado, que alega que los recursos no deben ser admitidos porque tienen por objeto materias que ya han sido juzgadas y desestimadas, principalmente en la Resolución 134/2014 y también en la Resolución 91/2015, ambas de este Órgano. La primera de ellas anuló Resolución la exclusión del procedimiento de la UTE (ahora adjudicataria impugnada) por determinadas irregularidades de su oferta, mientras que la segunda anuló la decisión del órgano de contratación de renunciar al contrato. Esta alegación no puede ser aceptada; la llamada «cosa juzgada administrativa» es en realidad, como bien apunta el recurrente, el principio de que no pueden ser recurridos los actos administrativos que son reproducción de otros que ganaron firmeza al ser consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma; además, se trata de no eludir la eficacia del artículo 49.1 TRLCSP, que establece que la resolución que resuelve un recurso especial solo puede ser objeto de recurso contencioso administrativo. En este caso, el acto de exclusión objeto de la Resolución 134/2014 no pudo ser recurrido ante este OARC / KEAO por los demás licitadores, que ningún beneficio tangible habrían sacado de la anulación de la eliminación de un competidor, por lo que carecían de legitimación (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2014 del OARC / KEAO); tampoco pudo recurrirse la aceptación de la oferta de la UTE por tratarse de un acto de trámite que no supone la imposibilidad de continuar el procedimiento (Resolución 88/2013 del OARC / KEAO) y no comprendido por lo tanto en el artículo 40.2 b) TRLCSP. Dicho de otro modo, el primer momento procesal en el que los interesados pueden alegar en contra de la admisión de la oferta de la UTE es ahora, con motivo de la adjudicación del contrato a dicho operador económico. Cuestión distinta es que el objeto del debate y los argumentos de las partes sean similares en este asunto y en el que dio origen a la Resolución 134/2014, es decir, ciertos supuestos incumplimientos de los pliegos por la proposición, por lo que, en coherencia, este

OARC / KEAO también utilizará los criterios que empleó en la citada Resolución. Tampoco es aceptable considerar que la Resolución 91/2015 decidió sobre la pretensión del actual recurso, ya que en el procedimiento que le dio origen se discutió sobre la legalidad de una renuncia al contrato y no sobre una adjudicación, acto cualitativamente diferente, además de que en el momento en el que se dictó la renuncia anulada ni siquiera se habían valorado íntegramente las proposiciones, por lo que no se había formado el listado al que se refiere el artículo 151.1TRLCSP y que ahora sabemos que encabeza la UTE.

9.1.4 No cabe satisfacer la pretensión de cancelación de la licitación cuando hay ofertas válidas

Resolución 10/2017

DÉCIMO: MONLAB solicita la cancelación de la licitación, petición que no hubiera podido acordarse ni en el caso de ser estimatorio el sentido de la presente resolución. Se debe tener en cuenta que el recurrente ocupa el séptimo lugar en el orden de clasificación, y aun excluyendo las ofertas que dice estar vinculadas persistirían otras cuatro ofertas con mejor puntuación en el orden de clasificación. En este sentido, los fundamentos de derecho y el suplico del recurso son incongruentes porque incluso con la argumentación que expone no es posible la cancelación de la licitación al haber ofertas válidas y no impugnadas.

9.1.5 No cabe la retroacción de actuaciones cuando hay desvelamiento de secreto de la oferta y no es posible una nueva evaluación separada

Resolución 28/2016

Otra de las razones que conlleva a declarar la nulidad de todo el procedimiento (…) es que se ha desvelado el secreto de la oferta al haber sido valorados los criterios sujetos a juicio de valor y la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas tal y como pide el artículo 150.2 TRLCSP al regular la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos; trámite calificado por este OARC / KEAO (Resolución 100/2014) como esencial del procedimiento administrativo –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP.

9.1.6 Aplicación moderada de la anulación

Resolución 55/2017

UNDÉCIMO: El reconocimiento del error da lugar, en principio, a la estimación parcial del recurso anulando la adjudicación del contrato y retrotrayendo el expediente hasta la emisión de un nuevo informe de valoración en que se corrijan las puntuaciones de ZAINTZEN y GARBIALDI. Sin embargo, se debe observar que la corrección daría lugar a que el recurrente obtuviera 7 puntos en lugar de 4 en el criterio de «Informatización de seguimiento, registro y control de los trabajos realizados en cada uno de los centros» y 29,5 puntos en la totalidad del criterio de «Descripción y organización del servicio con los medios humanos y materiales a adscribir», valorable mediante la emisión de juicios de valor; mientras que en la puntuación total pasaría a obtener 85,4215, por debajo de los 87,8463 puntos de VILLAR y los 87,8397 puntos de EULEN, por lo que en ningún caso pasaría a ser el primer clasificado en el orden de clasificación de proposiciones.

Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 028/2012 y 008/2014 ya manifestó que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo, pues como dice el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurran en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado».

En consecuencia, debe desestimarse la pretensión del recurrente de anulación de la adjudicación y retroacción de las actuaciones hasta la emisión de un nuevo informe de valoración.

9.1.7 Efectos de la resolución y eliminación de la valoración los elementos antijurídicos

Resolución 65/2017

DECIMOTERCERO: Es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 051/2014) que este Órgano no puede sustituir a la entidad adjudicadora en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, tarea en la que dispone del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio puede llevar a varios resultados distintos, todos ellos legítimos. Este margen está fuera del control jurídico del OARC / KEAO, siempre que exista motivación suficiente y se ejerza dentro de los cauces que lo limitan (en especial, que el uso no sea arbitrario, el respeto al fondo parcialmente reglado fijado por los

Pliegos y al procedimiento aplicable y la adecuación a los principios generales, sobre todo igualdad de trato y no discriminación). Sin embargo, esta inmunidad al control de legalidad debe ser matizada, pues puede resultar que, una vez depurado el acto de sus elementos ilegales y a la vista de su motivación, la discrecionalidad técnica quede tan reducida que no le quede ya a la entidad adjudicadora margen de elección alguno, tal y como ocurre en el recurso que nos ocupa, en el que este OARC / KEAO, a la vista del fondo reglado del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor y de su motivación (valoración únicamente en función de las referencias aportadas) y de la aplicación del principio de igualdad, puede llegar a señalar la valoración que merece la recurrente en los aspectos de su oferta debatidos. De esta manera, se puede concluir que la estimación del recurso en lo referente a la característica de lisura/rugosidad del papel reciclado y la acreditación del certificado NORDIC ECOLABEL para la valoración de los criterios ambientales del papel ecológico, conlleva la retroacción de las actuaciones hasta la realización de un nuevo informe en el que se incremente en 2 puntos a LYRECO.

9.1.8 La anulación de un criterio de adjudicación implica la de todo el procedimiento

Resolución 73/2017

DÉCIMO: La declaración de nulidad del criterio de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la resolución 070/2014, de este OARC / KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (C-448/01, asunto EVN AG, ECLI:EU:C:2003:651), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (…). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración lo expuesto en esta Resolución.

9.1.9 Anulación de una cláusula referente a la ejecución del contrato

Resolución 64/2017

NOVENO: A la vista de todo ello, la estimación parcial del recurso conlleva la anulación de la cláusula 33.2 del PCAP. Sin embargo, ello no supone la cancelación de la licitación ni la

retroacción de actuaciones por dos razones. En primer lugar, no se solicita así por recurrente, por lo que sería contrario al principio de congruencia que este Órgano las acordara (artículo 47.2 del TRLCSP); en especial, debe tenerse en cuenta que el recurrente ha presentado una oferta, por lo que cancelar el procedimiento sería tanto como invalidarla. En segundo lugar, la estipulación no afecta a las reglas de la licitación, sino a un aspecto parcial de la ejecución del contrato.

9.1.10 Indemnización

Resolución 20/2014

UNDÉCIMO: Con base en el artículo 47.3 del TRLCSP, el recurrente solicita una indemnización de 8.500 euros más el IVA correspondiente en razón de los gastos de asesoramiento jurídico derivados de la interposición del recurso. Esta solicitud no puede ser aceptada, ya que el procedimiento del recurso especial no requiere intervención preceptiva de letrado o profesional del Derecho.

Resolución 134/2015

Adicionalmente, debe señalarse que tampoco puede entenderse que las empresas hayan querido plantear un incidente de ejecución de la Resolución 116/2015 (artículo 36.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, en adelante RPER), ya que la pretensión y los argumentos que emplea buscan fundamentalmente la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios causados por la cancelación del procedimiento. Sobre este tema ninguna competencia corresponde a este OARC / KEAO, que solo puede decidir, en la Resolución que pone fin al procedimiento de recurso, sobre las peticiones indemnizatorias del recurrente. En este caso, no hay disposición que ejecutar porque la Resolución 116/2015 no contiene prevención alguna al respecto, y además la SOCIEDAD COOPERATIVA LARRIALDIAK S. COOP y AMBULANCIAS MAÍZ, S.A. no fueron quienes interpusieron el recurso que la originó (ver los artículos 47.3 TRLCSP y 33 RPER).

9.2 OTRAS FORMAS DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO

9.2.1 Desistimiento del recurso

Resolución 125/2014

SEGUNDO: En lo que respecta al desistimiento, el artículo 87 de la Ley 30/1992 dispone que pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y

la declaración de caducidad. Los párrafos 2 y 3 del artículo 91 de dicha norma disponen lo siguiente:

> 2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.
>
> 3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

Teniendo en cuenta que el recurrente ha desistido de continuar con la reclamación, que no existen otros terceros interesados en este recurso y que tampoco se aprecia la concurrencia en la cuestión suscitada de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación, este órgano resolutorio entiende que procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento.

9.2.2 Allanamiento del poder adjudicador

Resolución 81/2014

OCTAVO: Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo planteada, debe considerarse si el escrito señalado en el Fundamento de Derecho anterior puede dar lugar a que este órgano resolutorio dé por concluido el procedimiento sin trámite adicional alguno por reunir los requisitos propios del allanamiento. Si bien ni el TRLCSP ni la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ – PAC) contemplan el allanamiento como forma de terminación de los procedimientos administrativos, esta figura sí está prevista en el artículo 76 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA), siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos (artículo 74.2 LJCA).

En el caso del presente recurso no constan los citados requisitos, no sólo porque el escrito de solicitud allanamiento puede llegar a comprometer únicamente, y en el mejor de los casos, a la Mesa de Contratación, que carece de competencia para representar a la Administración y allanarse; sino porque el recurrente solicita la anulación del acuerdo de adjudicación y que se declare su derecho a resultar adjudicataria, pretensión que, en principio, va más allá de la mera exclusión del adjudicatario por incumplir la prohibición de subcontratar el objeto del contrato. En este sentido, la pretensión del recurrente no concuerda con el escrito de allanamiento, que únicamente prevé la anulación de la licitación por incumplir las ofertas presentadas lo establecido en los pliegos.

Resolución 57/2016

OCTAVO: Si bien ni el TRLCSP ni la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ – PAC) contemplan el allanamiento como forma de terminación de los procedimientos administrativos, esta figura sí está prevista en el artículo 75 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), siempre que se adopte el correspondiente acuerdo por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos y que no constituya infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. En el supuesto que nos ocupa, al ser propuesto el allanamiento por el Responsable del área de contratación, el primero de los requisitos no se cumple y el segundo obliga a este OARC/KEAO a analizar el fondo del asunto por lo que la declaración efectuada por el poder adjudicador de estimación de la pretensión de la recurrente ha de tener la consideración de una alegación más en el procedimiento de resolución del recurso.

9.3 TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Resolución 29/2015

SEGUNDA: El artículo 47.5 TRLCSP establece que, en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. Este Órgano entiende que concurren las circunstancias para imponer esta sanción, ya que el recurso carece claramente de legitimación y la estimación de la pretensión que formula en ningún caso puede reportar beneficio alguno al recurrente. A falta de la acreditación de perjuicios especialmente graves para la Administración o los demás licitadores, la sanción debe imponerse en su grado mínimo.

Resolución 50/2015

DÉCIMO: A juicio de este OARC / KEAO, concurren en este caso los requisitos establecidos en el artículo 47.5 TRLCSP para imponer una sanción por temeridad o mala fe en la interposición del recurso. No es solo que al recurrente no le asistan razones suficientes para que su impugnación sea admitida a trámite o que los motivos debieron hacerse valer mucho antes para poder ser siquiera analizados por este OARC / KEAO, sino que los fundamentos del recurso son manifiestamente banales; así, la afirmación de que la adjudicación está afectada de «ausencia total de motivación» es manifiestamente falsa, pues se adjunta a la notificación de la adjudicación el texto íntegro de los correspondientes informes técnicos, y la queja por falta de acceso al expediente tampoco concreta cuál es la indefensión concreta y tangible que se ha sufrido. Si a ello se añade que el recurrente es el actual prestador del servicio, parece claro que la impugnación no tenía otro objeto que dilatar la nueva contratación para seguir facturando por los servicios ejecutados. La sanción debe imponerse en su grado mínimo, ya que, si bien el poder adjudicador estima que el recurso temerario la ha supuesto un perjuicio de 13.550,13 euros, no detalla ni justifica los conceptos que componen dicha cuantía.

Resolución 97/2015

DECIMOTERCERO: Debe desestimarse la petición de Ulacia Bidaiak, S.L. de que se imponga al recurrente una sanción por temeridad en la interposición del recurso toda vez que, si bien es cierto que las afirmaciones realizadas por la recurrente carecen de sustrato probatorio y que el recurso adolece de inconsistencia, este OARC / KEAO considera que no se dan los elementos y requisitos para considerar temeraria su interposición; para ello, a la citada inconsistencia argumental debe añadirse el ánimo de presentar el recurso a pesar de ser evidente para cualquier operador jurídico su falta de fundamento o con una intención distinta de la defensa de derechos o intereses legítimos de la empresa (por ejemplo, para dilatar la formalización del contrato). Estas circunstancias no se aprecian en este caso, como lo demuestran las alegaciones de otra licitadora, basadas en argumentos similares y que sustentan otro recurso especial presentado por ella, y el hecho de que no se ha producido ni pretendido la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Resolución 28/2017

DÉCIMO: El poder adjudicador plantea la posibilidad de que se imponga la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP. Este precepto establece la posibilidad de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, acordando la imposición de una multa al responsable de la misma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que una de las dos pretensiones del recurso ni siquiera se ha referido a un acto impugnable, según la literalidad del TRLCSP y de acuerdo con una doctrina constante de todos los órganos de resolución de recursos contractuales, ampliamente conocida. Por lo que se refiere a la otra pretensión, no se basa en hechos acreditados ni argumentos jurídicos, sino que parte de lo que el recurrente entiende que debieran decir los pliegos y de una interpretación absurda e inconsecuente del procedimiento de identificación de ofertas temerarias. A todo ello hay que añadir dos consideraciones más: la primera, que la mala fe no nace con la interposición del recurso, sino que se origina con la presentación consciente y deliberada de una oferta que la UTE EMERBASK sabía destinada a la exclusión, y la segunda, que no puede alegarse ignorancia de la legislación aplicable al debate porque el recurrente ha participado en otras licitaciones y, en particular, en procedimientos de resolución de recursos especiales, bien sea como recurrente (Resoluciones 69/2015 y 69/2016) o como alegante (Resolución 98/2014), aportando en ellos argumentos fundados en Derecho. Por todo ello, debe imponerse la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP en su grado mínimo, al no haber tenido el recurso efecto suspensivo sobre el procedimiento ni acreditarse daños concretos a la Administración o los demás licitadores.

9.4 PÉRDIDA DEL OBJETO DEL RECURSO

Resolución 134/2017

OCTAVO: La pretensión del recurso es «la nulidad de los pliegos, al no ser conformes a Derecho». Analizando más detenidamente los argumentos del recurrente expuestos en el escrito de recurso, se observa que la impugnación afecta, por un lado, a la incorrecta determinación del CPV del contrato, y por otro, a la inadecuada interpretación de la cláusula 29.2.3 de la carátula del PCAP expresada en la respuesta a una consulta formulada al respecto

y publicada en el perfil del contratante. A juicio de este OARC / KEAO, ambas cuestiones se refieren a un único interés legítimo del recurrente, cuya satisfacción se persigue mediante la impugnación. Tal interés consiste en eliminar las estipulaciones que impiden acreditar la solvencia técnica o profesional mediante certificados de servicios que, aunque sean materialmente similares a la prestación contratada, no estén calificados en su CPV con los mismos dos primeros dígitos con los que los pliegos califican el objeto del contrato. En este sentido, la petición de que la descripción del objeto del contrato incluya CPV adicionales tiene la finalidad de ampliar la concurrencia, porque implicaría aceptar un mayor abanico de CPVs y, por lo tanto, un mayor número de servicios considerados similares.

A la vista de lo anterior, debe señalarse que la Orden de 16 de noviembre de 2017 del Consejero de Hacienda y Economía, a la que alude el informe de la Administración, dispone lo siguiente:

> PRIMERO.- Publicar la aclaración a la cláusula 29.2.3 de la carátula del. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el sentido siguiente: «si la empresa que presenta la mejor oferta acredita conforme a lo dispuesto en la carátula haber ejecutado durante el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, servicios por importe de al menos 2.000.000 euros de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, más allá de la correspondencia con los dos primeros dígitos del CPV que se le hayan dado en otras licitaciones de otras Administraciones Públicas, se le daría por válida dicha solvencia técnica o profesional pudiendo contratar con esta administración.

A juicio de este OARC / KEAO, este contenido, aprobado con posterioridad a la interposición del recurso y que se acompaña de la concesión de un nuevo plazo de presentación de ofertas, satisface el derecho o interés legítimo que fundamenta la impugnación. Consecuentemente, el procedimiento para la resolución del recurso carece ya de objeto. De acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, producirá la terminación del mismo la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. Por todo ello, debe declararse concluso el procedimiento.

10. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1 NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS RECURRIBLES

10.1.1 Notificación en domicilio distinto al señalado

Resolución 1/2011

SEXTO: Tal y como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 176/2009, la notificación es un instrumento capital del derecho de defensa. Su finalidad es lograr que el acto administrativo sea conocido por el interesado, para que pueda reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1998, afirma que lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos.

La notificación del Acuerdo de 4 de marzo de 2011 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Errenteria fue defectuosa porque no se remitió al domicilio expresamente señalado a efectos de notificaciones. Una notificación que no ha sido hecha en la forma debida, no produce efectos, por lo que tampoco la propia resolución notificada puede producirlos contra el interesado, pues la notificación defectuosa demora el comienzo de la eficacia del acto. Esta regla admite como excepción lo contenido en el artículo 58.3 LRJyPAC, según la cual las notificaciones surtirán efectos a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda.

No puede admitirse la alegación contenida en el informe del Responsable de Contratación y Patrimonio de 8 de abril de 2011, cuando señala que el licitador fue notificado, ya que sin que mediara actuación alguna por parte de esta Administración, acudió el pasado 24 de marzo al Ayuntamiento y depositó la garantía definitiva, por lo que solo puede concluirse que conocía desde el día 10 de marzo el contenido y la fecha de la notificación.

10.1.2 Notificación defectuosa

Resolución 97/2012

SEXTO: A tenor del artículo 44.2. b) del TRLCSP:

> 2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4.

> No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:
>
> b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción»
>
> Según consta en el expediente administrativo, en la notificación del acuerdo de exclusión, figura un pie de recurso que es erróneo, pues señala que «contra este Acuerdo de la Mesa de contratación se podrá presentar, RECURSO DE ALZADA, ante el Gerente en el plazo de 1 mes desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo.

El artículo 85 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), dispone lo siguiente en su artículo 58.2:

> Artículo 58. Notificación
>
> (…)
>
> 2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Pues bien, la notificación efectuada por el poder adjudicador debe ser calificada como defectuosa pues inducía a error en cuanto al recurso que era procedente presentar por el interesado en orden a defender su postura ante la instancia administrativa correcta.

En los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina de que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular y ello no obstante el carácter de orden público absoluto y externo a la Administración pública de esta información, debiéndose tener por temporánea y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (STS 12-3-75; 5-12-89, EDJ 10950).

Resolución 121/2014

QUINTO: El poder adjudicador estima, como único argumento en contra de la impugnación, que el recurso no puede ser admitido por haberse interpuesto fuera del plazo establecido; éste es también el único motivo de oposición de la empresa Autobuses Juantxu, S.L.

El artículo 44.2 TRLCSP establece, cuando el acto recurrido sea la adjudicación, un plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP.

Según consta en el expediente, la notificación de la Resolución de adjudicación fue remitida el día 11 de agosto de 2014 y el recurso fue interpuesto el 15 de septiembre de 2014, superado ampliamente el citado plazo. Sin embargo, analizada la notificación practicada, se observa que contiene una indicación de que la vía de impugnación procedente es únicamente el recurso especial con carácter previo al recurso contencioso – administrativo, omitiendo que el recurso especial es potestativo (artículo 40.6 TRLCSP) y que también cabe, alternativamente, la interposición directa del recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el plazo de dos meses (artículos 10.1 a) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa); por otro lado, tampoco se especifica el órgano ante el que se pueden presentar los recursos.

La notificación infringe el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma aplicable al procedimiento de recurso especial (artículo 46.1 TRLCSP), que establece que toda notificación deberá contener «el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.»

Como señalan las resoluciones 97/2012 y 76/2014 de este Órgano, en los supuestos de notificaciones que contengan información de carácter procedimental o procesal errónea es de aplicación la doctrina que sostiene que los defectos de notificación no pueden perjudicar al particular, debiéndose tener por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (ver las sentencias del Tribunal Supremo de 12-3-75 y de 5-12-89).

Resolución 32/2015

OCTAVO: El recurrente denuncia, en primer lugar, la ausencia absoluta de motivación en el Decreto de 13 de enero de 2015, de la Presidencia del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, que adjudica el contrato. Examinadas las notificaciones de la adjudicación, se observa que únicamente contienen el detalle de la identidad de primer clasificado, el importe de adjudicación y la duración del contrato, sin que recojan las menciones del artículo 151.4 sobre la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado las candidaturas descartadas (letra a), ni las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada su oferta con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas (letra c).

Este Órgano Resolutorio se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el valor de la motivación del artículo 151.4 del TRLCSP. Así, en la reciente Resolución 30/2015 se indica que «En síntesis, este precepto señala que la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita interponer el correspondiente recurso especial, en particular las características y

ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.»

De acuerdo con el parecer expresado en la Resolución reproducida, puede afirmarse sin ningún género de dudas que la adjudicación recurrida y su notificación carecen de los elementos imprescindibles que precisa el artículo 151.4 del TRLCSP, que permiten al licitador interesado tener la información necesaria para la interposición de un recurso suficientemente fundado.

Sin perjuicio de lo anterior, en la Resolución 72/2013 el OARC / KEAO se afirmaba que « (…) la ausencia de motivación es un defecto formal cuya trascendencia anulatoria se reduce a los casos en los que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión de los interesados (artículo 63.2 de la Ley 30/1992), (…).» Y en este mismo sentido, en la Resolución 29/2012 se citaba la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 1990 (RJ 3576), que en su Fundamento Jurídico Segundo matiza el alcance de la motivación cuando afirma que «(…) puede añadirse que esta Sala ha declarado reiteradamente que independientemente de que la motivación cumpla la función de orden interno de asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- constituye una garantía para el administrado que así podrá impugnar el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda. La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado -art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708).»

Siguiendo el criterio expuesto por la sentencia reproducida, debe indagarse si en el contrato objeto de recurso, a pesar de la evidente falta de motivación en la notificación de la adjudicación, el licitador recurrente ha dispuesto de otros mecanismos que le hayan permitido conocer los motivos que han llevado al CONSORCIO a la adopción del acto hoy recurrido.

Resolución 126/2016

CUARTO: El recurso debe considerarse interpuesto en el plazo legal. Aunque la remisión de la notificación del acto impugnado se produjo el día 29 de agosto y el escrito de recurso se entregó en el registro del órgano de contratación el día 10 de octubre, superado largamente el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, su contenido era defectuoso. En concreto, se expresa en ella como recurso procedente el recurso potestativo de reposición, con un plazo para recurrir de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación, en lugar del recurso especial potestativo, cuyo plazo es de quince días hábiles contados desde la remisión (artículo 44.2 TRLCSP), lo que incumple el artículo 58.2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma derogada pero aplicable al caso por razón temporal. Según una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016 y 94/2016, así como las sentencias

del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca. Adicionalmente, aunque se autodenomine como recurso de reposición y se dirija al poder adjudicador, el contenido material del escrito es el propio de un recurso especial, por lo que la tramitación que le corresponde es la adecuada a este último tipo de impugnación (artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC).

Resolución 27/2017

QUINTO: El recurso debe considerarse interpuesto en el plazo legal. Aunque la remisión de la notificación del acto impugnado se produjo el día 26 de octubre de 2016 y el escrito de recurso se presentó en Correos el día 25 de noviembre de 2016, superado largamente el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, su contenido era defectuoso. En concreto, se expresa en ella como recurso procedente el recurso potestativo de reposición, con un plazo para recurrir de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo, en lugar del recurso especial potestativo, cuyo plazo es de quince días hábiles contados desde la remisión de la notificación (artículo 44.2 TRLCSP), que incumple el artículo 58.2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, norma derogada pero aplicable al caso por razón temporal. Según una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016, 94/2016 y 126/2016, así como las sentencias del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

10.1.3 Notificación verbal del acuerdo de exclusión

EB 018/2013

SEXTO: SS HARD, S.L. presenta el recurso el día 25 de enero de 2013 en la oficina 48-O.P. de Bilbao de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., teniendo entrada en el OARC/KEAO el día 29 del mismo mes.

De ello se podría concluir que el recurso se ha interpuesto fuera de plazo, ya que el último día para interponerlo, computados los 15 días hábiles contados desde el siguiente a la notificación, sería el 8 de enero de 2013 y como hemos dicho el recurso entró en el registro del OARC/KEAO el día 29 de enero de 2013.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el operador económico impugna la comunicación verbal que efectúa la mesa de contratación de la exclusión de su propuesta contractual por no haber acreditado la solvencia técnica para la realización de los trabajos. Del Acta de la sesión de la Mesa de contratación de 19 de diciembre de 2012 se infiere que la notificación de la exclusión fue verbal.

El artículo 58 de la LRJAP y PAC establece cómo se deben notificar a los interesados las resoluciones o actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. Sin el cumplimiento de estos requisitos la notificación, en principio, no surte efectos. Sin embargo, el artículo 58 en su párrafo 3, afirma que:

> 3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Las notificaciones verbales efectuadas el 19 de diciembre no cumplen con los requisitos del artículo 58 de la LRJAP y PAC, por tanto debe considerase que éstas comienzan a desplegar sus efectos en el momento en que se interponen los recursos.

En consecuencia, se ha de considerar que el recurso se halla dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP

10.1.4 Notificación por medios electrónicos y telemáticos

Resolución 64/2015

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, pues el acto impugnado se notifica por fax el 21 de abril de 2015 y el recurso se interpone el día 6 de mayo (sobre la validez de las notificaciones por fax, ver la Resolución 102/2012 de este OARC / KEAO).

Resolución 35/2016

CUARTO: La UTE en sus alegaciones plantea la inadmisión del recurso por extemporáneo. Aporta como prueba un correo electrónico enviado por el Ayuntamiento de Bilbao, a las 12h 50m del 14 de diciembre de 2015, entre otras, a la dirección vsm@sacyr.com, designada por el recurrente como medio de comunicación entre el Ayuntamiento y los licitadores, según lo previsto en la cláusula 12.2 del PCAP. Según el interesado, si se computa el inicio del plazo de presentación del recurso desde el día siguiente –15 de diciembre de 2015– el último día para su interposición sería el 2 de enero de 2016 y el recurso se interpuso el día 4 de enero de 2016. Añade el adjudicatario impugnado que el recurrente omite en su recurso dicha comunicación mediante correo electrónico y tiene en cuenta la comunicación posterior del órgano de contratación vía postal con fecha de registro de salida de 15 de diciembre 2016.

Concluye que el plazo transcurrido entre la fecha en la que se efectúa la remisión mediante correo electrónico de la notificación del acto recurrido y la fecha de interposición del recurso es superior a los 15 días hábiles establecidos en el artículo 44.2 del TRLCSP.

El artículo 59.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), señala que «las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.» En este mismo sentido, el párrafo «in fine» del artículo 151.4 del TRLCSP dispone que la «la notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sin embargo, el plazo para considerar rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días.»

Como indica el artículo 151.4 del TRLCSP, la práctica de la notificación electrónica está regulada en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que en sus apartados 2. y 3. prevé que:

> 2. El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.
>
> 3. Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

Aplicando esta normativa al correo electrónico al que se refiere la recurrente, nos encontramos con que éste carece de los rasgos necesarios que requiere una notificación telemática, pues no se certifica ni el envío, ni la entrega del mensaje, ni la autenticidad del emisor, ni la del receptor, ni la del acceso al contenido del acto notificado. En este sentido, el correo electrónico aportado sirve de comunicación electrónica pero no de notificación pues no certifica los extremos exigidos por el art. 59 de la LRJPAC.

10.1.5 La notificación no puede ser sustituida por la publicación en el perfil de contratante

Resolución 129/2017

CUARTO: Se opone la extemporaneidad del recurso porque el acto recurrido es la exclusión y ha transcurrido un plazo superior a 15 días hábiles desde que se ha tenido conocimiento

de la infracción, que en el presente caso tuvo lugar a través del perfil del contratante. No obstante, la práctica de la notificación, exigida por el art. 151.4 del TRLCS, no puede ser sustituida por la comunicación a través del perfil del contratante y la notificación se debe practicar conforme al artículo 40 de la Ley 39/2015. A este respecto, en el expediente obra un reconocimiento expreso del poder adjudicador de que el único acto notificado (Resolución de adjudicación) lo fue únicamente a las tres empresas admitidas. Consecuentemente, el recurso ha de considerarse interpuesto en plazo.

11. OTRAS CUESTIONES

11.1 OTRAS CUESTIONES

11.1.1 Contenido de los anuncios de la licitación

Resolución 44/2014

UNDÉCIMO: El recurso impugna el anuncio de licitación porque no se especifican los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, tal y como exige el artículo 75 TRLCSP, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª, 4.3 de la Ley 25/2013 de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. En primer lugar, hay que señalar que la norma aplicable al contrato impugnado no sería en ningún caso la actual redacción del artículo 75 TRLCSP; como señala la disposición transitoria cuarta del TRLCSP, en la redacción dada a la misma por la citada Ley 25/2013, la modificación de los artículos 75, 76, 77 y 78 del TRLCSP entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos, desarrollo reglamentario que aún no se ha dictado. Por ello, al contrato analizado le es de aplicación la anterior versión del artículo 75 TRLCSP, que no hace referencia a la obligatoriedad de que en el anuncio de licitación se incluyan los medios de acreditación de la solvencia. Sin embargo, el artículo 62.2 TRLCSP, aplicable al caso, sí que regula la cuestión debatida estableciendo que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.» Por lo tanto, debe analizarse si el procedimiento de contratación respeta este precepto. Previamente debe indicarse que el contrato está sujeto a clasificación, la cual sustituye a la solvencia en los casos en los que es exigible (artículo 62.1 TRLCSP); no obstante, la necesidad de incluir los requisitos mínimos de solvencia y los medios para acreditarla no es superflua, pues es aplicable a las empresas de países miembros de la Unión Europea, no obligadas a clasificarse (artículo 66.1 TRLCSP).

Se observa que los cuatro anuncios de licitación (en el Diario Oficial de la Unión Europea –DOUE–, el Boletín Oficial del Estado –BOE–, el Boletín Oficial del País Vasco –BOPV–, y el Boletín Oficial de Bizkaia –BOB–) tienen, en lo relativo a esta cuestión, el siguiente contenido:

- el anuncio del DOUE (que habla de «capacidad económica y financiera») contiene, en su apartado III.2.2) una remisión a la cláusula 9ª del PCAP, tanto para la «información y trámites necesarios para evaluar si se cumplen los requisitos» como para el «nivel o niveles mínimos que pueden exigirse.»

- los anuncios del BOB, BOE y BOPV señalan la clasificación exigible (Grupo O, subgrupo 4, categoría C) y para la solvencia, se remiten a «lo señalado en el PCAP.»

Del contenido de los anuncios, especialmente del contenido del anuncio en el DOUE, se deduce que no se ha cumplido el deber establecido por el artículo 62.2 TRLCSP, pues en ningún caso consta la más mínima indicación ni de los requisitos de solvencia ni de la forma de acreditarlos. Esta indicación no puede ser sustituida por una mera remisión a los Pliegos, ya que este proceder no aporta ninguna información adicional a las empresas potencialmente interesadas; el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información. Así, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece en su Anexo VII A que el anuncio de licitación incluirá (apartado 17) lo siguiente:

> 17. Criterios de selección sobre la situación personal de los operadores económicos que puedan dar lugar a su exclusión e información necesaria que demuestre que no se hallan en ninguno de los casos que motivan la exclusión. Criterios de selección y datos referentes a la situación personal del operador económico, así como los datos y trámites necesarios para la evaluación de las condiciones mínimas de carácter económico y técnico a las que deberá ajustarse el operador económico. Nivel o niveles mínimos de capacidad que se exijan, cuando así sea.

A la vista de todo ello, es claro que la publicidad de la licitación no ha satisfecho los requisitos del artículo 62.2 TRLCSP, por lo que este motivo de impugnación debe ser aceptado. Además, debe hacerse constar que el incumplimiento de este precepto no radica únicamente en que no se hayan indicado en el anuncio los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos, sino que tampoco estos datos se han especificado en el pliego del contrato. La cláusula novena del PCAP, a la que se remite el anuncio del DOUE, se refiere al contenido de las proposiciones y en el apartado correspondiente al sobre A (documentación administrativa), en la letra d) (documentos que justifiquen el cumplimiento de los requisitos relacionados con la solvencia económica, financiera y técnica o profesional) se señala (apartado d.1) la clasificación exigible, mientras que en el apartado d.2 se señalan «en su caso» la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica, pero sin aclarar cuál es el caso en el que es aplicable la clasificación y cuál es el caso en el que es aplicable la solvencia, dando lugar además a la duda de si se trata o no de dos sistemas alternativos de acreditación de la capacidad. Por otro lado, la redacción del apartado d.2) se limita a reproducir el artículo 75 TRLCSP (incluyendo la remisión a su inexistente desarrollo reglamentario), cuyo contenido, como ya se ha dicho, no ha entrado aún en vigor y no es aplicable al contrato, sin concretar qué medio de acreditación se desea obtener ni especificar qué nivel mínimo debe acreditarse; la cláusula octava («Acreditación de la aptitud para contratar») está redactada en el mismo sentido. Si bien la impugnación se circunscribe al anuncio y no ataca directamente los Pliegos, este Órgano estima que no es incongruente la anulación de estas cláusulas del PCAP porque son, por remisión, parte de la infracción de la publicidad exigida en el artículo 62.2 TRLCSP y denunciada en el recurso. Por otro lado, se observa que los requisitos y medios de acreditación de la solvencia técnica, que no son objeto del recurso y por lo tanto no pueden ser afectados por esta Resolución, adolecen de vicios de legalidad análogos a los señalados en este fundamento.

Resolución 8/2016

La remisión del anuncio a la legislación o la necesidad de interpretar el anuncio a la luz de dicha legislación no pueden aceptarse si con ello se pretende eludir la obligación de incluir en el mismo el contenido mínimo legalmente exigido (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010, asunto C-423/07, en especial, sus apartados 64 y 65). Esta consideración es especialmente oportuna cuando ni siquiera hay, como en el caso analizado, un mismo contenido claro en los diferentes anuncios de licitación. Finalmente, se observa que el poder adjudicador ha infringido el artículo 142.3 TRLCSP, que prohíbe que los anuncios nacionales contengan indicaciones distintas a las incluidas en el anuncio del DOUE.

11.1.2 Subcontratación

Resolución 7/2015

El artículo 145.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) establece la obligación de cada licitador de no presentar más que una única proposición y prohíbe la presentación de proposiciones simultáneas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre la presentación de precios nuevos.

La prohibición del art. 145.3 TRLCSP de presentación de ofertas simultáneas se refiere a las efectuadas por un mismo licitador (en este sentido, informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 32/2005 de 26 octubre y 53/2007 de 24 enero 2008), y no puede extenderse a ofertas de licitadores diferentes y por esta razón precisa que la prohibición abarca a las ofertas presentadas por el licitador individualmente y en unión temporal con otros licitadores o en varias uniones temporales. Como toda norma limitativa de la concurrencia, no puede ser objeto de una interpretación extensiva y, por tanto, debe aplicarse en sus justos términos (Informe 11/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia).

En este caso nos encontramos ante ofertas contractuales de dos licitadores (UNITRONICS y EUSKALTEL), que presentan cada uno de ellos de forma individual su oferta contractual. No se puede concluir del hecho de que EUSKALTEL presente como subcontratista a la empresa UNITRONICS que ésta segunda pretende presentar de forma material dos ofertas contractuales pues EUSKALTEL en la documentación requerida por la cláusula 13 del PCAP en orden a la acreditación de la capacidad y solvencia del licitador manifiesta su voluntad de concurrir como persona jurídica y de forma individual a la adjudicación del contrato y, en lo concerniente a la justificación de su solvencia técnica, expresamente invoca el artículo 63 del TRLCSP para integrar la solvencia requerida con la de la empresa UNITRONICS, presentando a tal efecto un compromiso de esta empresa de suministro a EUSKALTEL de bienes y servicios para la ejecución de la prestación a la que presenta oferta. No se puede concluir del contenido de este último documento la voluntad de ambas empresas de presentarse a la licitación como una unión temporal de empresarios pues de los términos en los que se halla redactado claramente se deduce la voluntad de UNITRONICS de realizar

una oferta contractual a EUSKALTEL para el suministro de los bienes objeto del contrato, pero no se expresa voluntad alguna de presentar una oferta conjunta como unión temporal de empresas.

De los documentos obrantes en el expediente se deduce que EUSKALTEL efectúa una oferta de forma individual en la que presenta como subcontratista a la empresa UNITRONICS, posibilidad no prohibida en el TRLCSP y que el propio PCAP posibilita en el punto 15.1 de su carátula al permitir que se pueda subcontratar hasta el 60 por ciento de las prestaciones del contrato.

No nos encontramos en este caso con una empresa que presenta dos proposiciones simultáneamente, contraviniendo el 145.3 TRLCSP, sino con una empresa que se presenta como licitadora y, además, es subcontratista de otra empresa licitadora, siendo esta última una relación jurídica ajena a la relación entre el poder adjudicador y el adjudicatario del contrato que no le impide presentar oferta al contrato en cuestión.

Resolución 92/2016

El recurrente considera que ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT debieron ser excluidos de la contratación pues han presentado una proposición parcialmente igual en referencia al «Plan de distribución y logística». No obstante, y por claridad expositiva, se considera conveniente comenzar por el estudio del último de los motivos impugnatorios, el de la existencia de subcontratación en las ofertas de las empresas ABBOTT, FRESENIUS y VEGENAT, a pesar de no estar ello admitido por punto 15 de la carátula del PCAP.

El art. 227.1 del TRLCSP dispone que «El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.» En el contrato que nos ocupa el punto 15 de la carátula del PCAP dispone lo siguiente: «15. SUBCONTRATACIÓN (si/no): No.» Este punto de la carátula ha de ser interpretado junto a la cláusula 40.2 del PCAP, que dice: «40.2.1.- Régimen: la empresa contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el punto 15 de la carátula disponga lo contrario o que, por la naturaleza y condiciones, se deduzca que el contrato ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.» Conforme a esta cláusula el principio general es que, dentro de los límites legales establecidos, el contratista pueda concertar con terceros la ejecución parcial de la prestación, a no ser que en el punto 15 de la carátula se establezcan mayores límites o se prohíba y, en el contrato que nos ocupa, al utilizarse en este punto el adverbio de negación «no», resulta clara la voluntad del órgano de contratación de que no se subcontrate la ejecución del suministro.

El TRLCSP no contiene una definición expresa de lo que entiende por subcontratación. No obstante, de la intencionalidad de su regulación y de la delimitación que de este concepto (aunque para atender a finalidades ajenas a la contratación pública) se ha hecho doctrinal y jurisprudencialmente en otras ramas jurídicas (ver, por ejemplo, el artículo 1.597 del Código Civil y el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores) se puede deducir que el subcontrato es, a los efectos del TRLCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la

ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal. Por lo que se refiere a la alegación del recurso, es relevante destacar de esta definición que la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa; dicho de otro modo, no siempre el uso de medios ajenos para realizar una actividad industrial o comercial es subcontratación. Así, no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación. A la vista de esta consideración, lo que plantea NESTLÉ en su recurso, y este órgano debe dirimir, es si acudir a terceras empresas para la materialización de la entrega debe ser considerado subcontratación por suponer una realización parcial del objeto del contrato o, por el contrario, nos encontramos ante una actividad externalizada por el contratista que no puede incluirse en esta figura por carecer de la nota de especifidad que la caracteriza. A juicio de este OARC / KEAO, la opción correcta es la segunda, lo que lleva a la desestimación del motivo de impugnación por las razones que se exponen a continuación.

En el contrato que nos ocupa la prestación sobre la que pesa la prohibición de subcontratar es la del suministro y la entrega de unos productos dietéticos concretos; ahora bien, dicha entrega es algo consustancial al contrato de suministro (art. 292.1 TRLCSP), hasta el punto de que este OARC/KEAO señaló en su Resolución 41/2015) que «(…) resulta imposible concebir un contrato de suministro de un bien material en el que no se figure la entrega física del producto adquirido como un aspecto de la prestación. Por ello, el artículo 292.1 TRLCSP establece que «el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas» y, en consecuencia, el artículo 297.1 TRLCSP añade que «salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.»». Por otro lado, el PPT no especifica ninguna singularidad respecto a la entrega que diferencie este acto dentro del objeto contractual o le otorgue una sustantividad o relevancia que cualifique su ejecución por un tercero como una subcontratación en sentido estricto; por el contrario, en diversos apartados del PPT se observa que este documento se limita a cumplir con lo dispuesto en el art. 292.1 del TRLCSP, especificando los lugares de entrega del suministro (cláusula 3 y Anexo II del PPT), pero sin que esta prestación tenga las notas de autonomía y sustantividad propias distintivas de la subcontratación, sino de un servicio auxiliar que comprende tareas instrumentales respecto a la prestación «característica» del contrato, que es el suministro de los bienes demandados. En este sentido, es irrelevante que el PCAP valore como un criterio de adjudicación el «Plan de Distribución y Logística», pues, entre otras razones, éste no se refiere únicamente a la entrega de bienes, pues en el mismo se demanda también información sobre aspectos como la capacidad global del licitador para entender y satisfacer los requerimientos, los medios para la preparación de los pedidos, la descripción de controles antes de la distribución, el control de entregas (que no la tiene por qué realizar el distribuidor) o el stock de los productos y plan de suministro alternativo en caso de disminución de stocks, lo que indica que mediante este criterio se valoran en gran medida aspectos que afectan al suministro.

A la misma conclusión se llega si se analiza el alcance e intención del controvertido punto 15 de la carátula del PCAP en el contexto del resto de la documentación contractual y del interés público que satisface la posibilidad legal de limitar la subcontratación. Debe tenerse también en cuenta que la prohibición de subcontratación, para no incurrir en arbitrariedad,

no puede ser caprichosa, sino que debe basarse en un motivo que la haga relevante para el buen fin del contrato. Habida cuenta de cómo se han configurado los pliegos (ver párrafo anterior), no alcanza a entenderse qué aporta a dicho buen fin que el contratista principal no externalice la entrega. Consecuentemente, parece razonable considerar que el órgano de contratación no quiso incluir en el punto 15 de la carátula del PCAP (precepto cuya alcance debe interpretarse con cautela porque su aplicación puede suponer la grave consecuencia de excluir una proposición) la citada externalización, sino que se refería a otros supuestos diferentes; apoya esta tesis el hecho de que la solvencia técnica exigida (punto 29.2 de la carátula) no haga ninguna referencia a las capacidades logísticas de los licitadores, lo que excluye que la entrega sea para el poder adjudicador una parte del objeto contractual que merezca una especificación y requiera unas habilidades tan especiales que su correcta ejecución demande prohibir que el contratista la encomiende a terceros.

11.1.3. Derecho de acceso al expediente

Resolución 69/2015

DUODÉCIMO: El recurrente alega que se le ha restringido indebidamente el acceso al expediente, lo que le ha impedido formalizar un recurso adecuadamente fundado porque no ha accedido a la oferta técnica del adjudicatario ni a los criterios y razones que fundamentan las puntuaciones obtenidas, ya que de lo expuesto en el informe técnico no puede obtenerse dicha información.

En relación con esta cuestión, debe recordarse la doctrina establecida por este OARC / KEAO en su Resolución 47/2015, cuyo contenido más significativo se reproduce a continuación:

> Debe recordarse que la denegación de acceso a determinada documentación de la oferta de otro licitador únicamente puede suponer un vicio de invalidez de la adjudicación y, en su caso, la retroacción de actuaciones para que se efectúe dicho acceso, cuando implique indefensión del operador económico afectado por haberle impedido formalizar adecuadamente el recurso especial (ver la Resolución 42/2015 del OARC / KEAO); dicha indefensión no puede presumirse por el mismo hecho de la denegación del acceso, sino que debe basarse en razones concretas, y desde luego no puede alegarse válidamente si la adjudicación y su notificación contienen una motivación suficiente, en los términos establecidos en el artículo 151.4 TRLCSP.

En el presente caso, el recurrente no acredita el perjuicio concreto que le ha supuesto no conocer el contenido de la oferta del adjudicatario, más allá de una afirmación genérica, y analizada la motivación de la resolución de adjudicación, se observa que contiene elementos más que suficientes para fundar un recurso, por lo que no consta que haya habido indefensión derivada de la denegación de acceso, no procediendo por lo tanto la retroacción de actuaciones. No obstante, debe señalarse que, en contra de lo que durante el procedimiento de adjudicación ha sostenido la Administración, la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno no es aplicable al acceso de los interesados en un

procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo (ver la Disposición Adicional Primera, párrafo 2, de dicha norma). Asimismo, con independencia de que, en este caso concreto, no proceda la retroacción, debe recordarse que el órgano de contratación no puede dar por buena la declaración del licitador otorgando la condición de confidencial a toda la documentación técnica de la oferta, sino que debe ponderar los intereses en juego (derecho de acceso para la preparación del recurso y derecho a la confidencialidad para la protección de secretos de empresa y libre competencia) y decidir en consecuencia (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2015 del TACRC).

Resolución 130/2015

NOVENO: Con carácter previo, debe analizarse la alegación de que el órgano de contratación ha denegado injustificadamente el acceso al expediente, lo que habría impedido formalizar un recurso debidamente fundado. En concreto, el reproche se refiere al escaso tiempo concedido para la revisión de documentación complicada y voluminosa y que no se han facilitado documentos cuya calificación como confidencial no se ha justificado, no siendo válida, a estos efectos, la calificación por la empresa como confidencial de toda su oferta.

Analizado el expediente, constan en él actas que acreditan que la recurrente tuvo acceso al mismo los días 29 de julio y 10 de septiembre por un plazo total de 8 horas y 30 minutos, y que en la primera de las sesiones se le facilitaron copias del informe técnico de valoración y de cierta documentación técnica, tal y como MANTELEC solicitó al poder adjudicador; igualmente, la recurrente reconoce en su correo electrónico de 11 de septiembre de 2015 que accedió a toda la documentación relativa a los criterios de invitación no declarada como confidencial. Además, OSAKIDETZA remitió posteriormente más documentación incluida en las ofertas económicas y técnicas solicitada por la empresa, incluyendo un extracto con los técnicos y la formación ofertados por diversas empresas divididos por lotes. También se le dio lectura de los curricula vitarum declarados confidenciales y presentados para acreditar la solvencia, datos que también se le facilitaron, depurados de información personal, mediante correo electrónico.

A la vista de lo anterior, no cabe aceptar la alegación de que el tiempo de acceso al expediente no fue suficiente, y ello por dos motivos. El primero de ellos es que ante la complejidad y extensión de la documentación, evidente y que no debe sorprender a quien se ha presentado a la licitación y es el actual prestatario del servicio, el recurrente debió haber puesto la diligencia adecuada para el correcto ejercicio de su derecho de acceso, diligencia que la jurisprudencia europea considera exigible a quien se quiere beneficiar de la obligación de transparencia en el procedimiento (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, de 24/11/2005, asunto C-331/04, y de 12/11/2009, asunto C-199/07). Así, debió poner a disposición de la tarea de revisión medios humanos suficientes en cantidad y adecuación técnica, cuya disponibilidad se le supone por el hecho de aspirar a obtener la adjudicación; esto le hubiera permitido, habida cuenta del tiempo concedido, por ejemplo, un análisis más rápido y más centrado en las cuestiones esenciales, descartando las accesorias e irrelevantes para la satisfacción de su interés. En segundo lugar, es obvio que el reproche de la falta de tiempo no puede predicarse de la documentación cuya copia ha sido facilitada, pues ésta puede analizarse con tanta minuciosidad como sea necesaria fuera de los límites de una sesión de acceso en las oficinas de la Administración.

Por lo que se refiere al alcance de la documentación a que se pudo acceder, no es cierto que no se hayan facilitado las declaraciones de confidencialidad de las empresas (ver el acta de la revisión de fecha 29 de julio de 2015). Consta también que el poder adjudicador solicitó información a los licitadores sobre las razones que motivaban sus declaraciones de confidencialidad, lo que supuso en varios casos el levantamiento de la declaración para parte de la documentación. En cambio, no consta que el poder adjudicador haya adoptado una decisión justificada, a la vista de lo manifestado por los interesados, sobre qué documentación merece la confidencialidad que le otorgan las empresas y simplemente se han aceptado las declaraciones de las empresas, lo que contradice la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales (resumidas, por ejemplo, en la Resolución 916/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC). No obstante, este OARC / KEAO viene señalando también que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad invalidante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO). En este sentido, si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada, en los términos exigidos en el artículo 151.4 TRLCSP, no puede alegarse dicha indefensión. En el expediente consta que el recurrente ha podido obtener una copia del informe técnico que apoya la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, y se observa que dicho informe contiene una motivación suficiente, que informa de las razones determinantes de la atribución de puntuaciones y que permite, en suma, formalizar un recurso debidamente fundado como establece el artículo 151.4 TRLCSP; además, pudo acceder a diversa documentación no declarada confidencial y relativa a las propuestas técnicas de los adjudicatarios impugnados.

Resolución 140/2015

TERCERO: Sobre el alcance y límites de la confidencialidad de los documentos del expediente de contratación, este OARC/KEAO ha tenido ocasión de manifestarse en pronunciamientos anteriores. Así, en la Resolución 3/2015 se afirmaba lo siguiente:

> Acerca de la confidencialidad de las ofertas, en la Resolución 60/2014 del OARC / KEAO se citaban la Resolución 62/2012 del TACRC en la que se manifiesta que «en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario», y el Informe 15/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón donde se afirma que «(…), la tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de más difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recuso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4 del TRLCSP)». En la propia Resolución 60/2014 de este Órgano Resolutorio se indica que la declaración de confidencialidad tiene repercusión en dos momentos distintos del procedimiento de adjudicación. En un primero, cuando al amparo del artículo 140.1 del TRLCSP se permite a los licitadores que

> designen confidencial determinada información y, en un segundo momento, cuando la atribución de confidencialidad a determinada documentación tiene su reflejo en la notificación de la adjudicación y en la información sobre el resultado del procedimiento, donde el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas –artículo 151.4 en relación con el artículo 153 del TRLCSP–.

Sobre la declaración como de confidencial de toda la oferta presentada, este OARC/KEAO en su Resolución 25/2014 ha manifestado lo siguiente:

> Por lo que se refiere a la solicitud de acceso al expediente, se trata de una cuestión que el órgano de contratación debe decidir de acuerdo con la normativa aplicable (en especial, el artículo 140.1 TRLCSP), si bien debe recordarse que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario (ver, por ejemplo, la Resolución 62/2012 del TACRC).

Aunque lo anterior es cierto, también lo es que en esta fase del procedimiento de recurso, este OARC / KEAO debe analizar una variable adicional y es la de si resulta necesario el acceso a la documentación solicitada para presentar un recurso fundado en derecho. Este juicio de ponderación ha de ser necesariamente casuístico y requerirá de la colaboración del recurrente que deberá indicar las razones de por qué el acceso a la documentación declarada confidencial es necesario y por qué el razonamiento técnico y/o jurídico que soporta la decisión impugnada (la motivación), no es suficiente para articular un recurso fundado.

Resolución 096/2015

El recurrente solicita en su pretensión que «(…) se ordene la retroacción de las actuaciones al momento posterior a la notificación de la Resolución de Adjudicación de 30 de mayo de 2016 que adjudica el Contrato de Suministro de Sulfato de Aluminio Líquido dictada en el seno del Expediente de Contratación 2023, al objeto de que por el Órgano de Contratación se dé vista del expediente de contratación completo al recurrente, y, abriéndose en ese momento el plazo para interponer nuevo recurso ante este Organismo» Este OARC / KEAO no puede acoger tal pretensión porque no se han agotado las vías procesales que ofrece el procedimiento para la resolución del recurso especial en materia de contratación. Del contenido de su escrito de recurso y del expediente del contrato aportado por el CABB se deduce que FERALCO hizo uso del derecho de acceso al expediente de contratación del artículo 16 del Real Decreto 814/2015, aunque el órgano de contratación, de forma injustificada como se ha visto, le negó la vista de la documentación de solvencia técnica de IQE. Sin embargo, el Real Decreto 814/2015 en su artículo 29.3 ofrece la opción de acceder al expediente «Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá

conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.» En el presente caso, vistos los antecedentes, de haberlo solicitado FERALCO este OARC / KEAO hubiera accedido a la petición de acceso a los documentos sobre solvencia técnica que fueron declarados confidenciales por el adjudicatario impugnado. La falta de activación por el recurrente de un trámite concreto previsto en el Reglamento que regula el procedimiento de resolución del recurso especial, como es el acceso al expediente por el recurrente de su artículo 29.3, impide la retroacción de las actuaciones hasta la concesión del mismo trámite por el órgano de contratación, como pretende el recurrente, ya que en ese caso se abriría de manera injustificada un nuevo plazo de interposición del recurso que vulneraría el principio de igualdad contemplado en el artículo 1 del TRLCSP.

Resolución 88/2017

El recurrente solicita la anulación de la resolución y la retroacción hasta el momento previo para dar vista de las ofertas técnicas de los licitadores o, al menos, para que el órgano de contratación decida motivadamente sobre la parte que debe ser mostrada.

Ante la petición del recurrente de retroacción de las actuaciones, este Órgano Resolutorio no puede orillar que el Real Decreto 814/2015, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, en el punto 3 de su artículo 29, que lleva por título «Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones», contempla la opción de acceder al expediente «Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.»

EULEN en su escrito recurso no ha solicitado el acceso al expediente previsto en el artículo 29.3 reproducido. A este respecto, en su Resolución 096/2016 este OARC / KEAO manifestó que «La falta de activación por el recurrente de un trámite concreto previsto en el Reglamento que regula el procedimiento de resolución del recurso especial, como es el acceso al expediente por el recurrente de su artículo 29.3, impide la retroacción de las actuaciones hasta la concesión del mismo trámite por el órgano de contratación, como pretende el recurrente, ya que en ese caso se abriría de manera injustificada un nuevo plazo de interposición del recurso que vulneraría el principio de igualdad contemplado en el artículo 1 del TRLCSP.»

En consecuencia no puede accederse a la petición del recurrente.

Resolución 90/2017

OCTAVO: De forma previa al análisis de los motivos de fondo esgrimidos por la recurrente, se debe analizar si procede dar cauce al procedimiento previsto en el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, de puesta de manifiesto del expediente y concesión de un plazo de cinco días para completar el recurso especial presentado, cuyo literal es el siguiente:

> Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.

La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente, de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, en este sentido Resolución del TACRC 436/2017) y que para sustentar su decisión, que es potestativa, este Órgano resolutorio ha de estar a lo alegado por el recurrente y el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal.

Así, este OARC / KEAO viene señalando que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad invalidante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando se impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 047/2015 y 130/2015 del OARC / KEAO). En este sentido, si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada, en los términos exigidos en el artículo 151.4 TRLCSP, no puede alegarse dicha indefensión.

En el expediente consta que el recurrente ha podido obtener una copia del informe técnico que apoya la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, y se observa que dicho informe contiene una motivación suficiente, que informa de las características de las ofertas de los distintos licitadores y las razones determinantes de la atribución de puntuaciones lo cual permite, en suma, formalizar un recurso debidamente fundado como establece el artículo 151.4 TRLCSP. Además, el recurrente ha tenido acceso al expediente de contratación así como a parte de la documentación de la oferta técnica no declarada confidencial de la adjudicataria.

El recurso que nos ocupa se basa en la comparación de la oferta de la adjudicataria con la de la recurrente al objeto de invocar mayor puntuación, se halla suficientemente fundado,

y no argumenta las razones por las que el razonamiento técnico y/o jurídico que soporta la decisión impugnada (la motivación) no es suficiente para articular un recurso fundado ni las razones por las que se necesita acceder a la totalidad de la oferta técnica de la adjudicataria, más allá de unas declaraciones genéricas sobre la concurrencia de arbitrariedad, cuando en realidad es una disconformidad con la valoración, y existencia de indefensión basándose fundamentalmente en la invocación de la Ley 19/2013, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, conforme a la Disposición Adicional Primera, párrafo 2, no es aplicable al acceso de los interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo (ver, en este sentido la Resolución del OARC / KEAO 069/2015). Precisamente, la argumentación de fondo de su recurso conlleva a su inadmisión, y consecuentemente a la improcedencia de la petición del acceso, pues el recurso únicamente se basa en la arbitrariedad del informe de valoración de los criterios de adjudicación basados en un juicio de valor solicitando la valoración de su oferta en cada uno de los criterios secundarios, bien con el máximo de puntos (como en el criterio b.1.1 y b.1.5), bien con los mismos puntos que la adjudicataria (criterios b.1.2, b.1.4) o bien con unos determinados puntos (criterio b.1.7 y b.3.1), pero, en todo caso, sin que la suma de los solicitados sea suficiente para alterar la adjudicación del lote impugnado, que tampoco se vería alterada aunque se le asignara la totalidad de los puntos con los que se hallan ponderados los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor en el PCAP

11.1.4 Protección de datos

Resolución 41/2015

Finalmente, tampoco se aprecia infracción de la LOPD. Sin entrar a analizar si la cesión al contratista por el Departamento de Salud de los datos personales relativos a salud o renta que obran en su poder requiere la modificación de alguno de los ficheros que le están adscritos (así lo estima el informe del propio poder adjudicador), lo cierto es que cualquier infracción que pudiera cometerse en este terreno sería imputable a la incorrecta actuación del cedente de los datos, que sería la Administración; consecuentemente, será el poder adjudicador quien deberá asegurarse de que sus actuaciones para la ejecución del contrato respetan la normativa sobre protección de datos, realizando para ello, si fuera necesario, la modificación de sus ficheros. En cambio, el contratista satisface sus obligaciones en esta materia cumpliendo el deber de confidencialidad que le impone la cláusula 34 del PCAP en relación con el artículo 140.2 TRLCSP. Por otro lado, y en contra de lo alegado por uno de los recurrentes, no hay ilegalidad alguna en que los pliegos no exijan expresamente el consentimiento de los afectados para la cesión de los datos por la Administración, pues tal consentimiento, en el caso de ser preceptivo, vendría ya impuesto por la normativa aplicable, y la infracción de dicha normativa no se derivaría del contenido de los documentos contractuales, sino de las actuaciones administrativas ilegales antes mencionadas. Además, la cláusula 3.2 g) del PCAP incluye la LOPD dentro del régimen jurídico del contrato, por lo que en ningún caso puede decirse que la carátula del PCAP ampara, por omisión, una actuación contraria a ella.

Resolución 55/2015

DÉCIMO: En segundo lugar, afirma el recurrente que en ningún caso, en base a la legislación de protección de datos, se puede facilitar datos con nombres, apellidos y DNI como se solicita en los pliegos.

DONOSTIA KULTURA se opone al recurrente en base a la normativa vigente en la LOPD y en el RLOPD.

Debe otorgarse la razón al poder adjudicador cuando afirma que la LOPD en su artículo 11 admite la cesión a terceros de datos de carácter personal siempre que obedezcan al cumplimiento de fines relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y cuenten con el previo consentimiento del interesado. El primer requisito es consustancial a las actividades del cedente (empresa licitadora) y del cesionario (poder adjudicador). En cuanto al segundo, el artículo 12 del RLOPD dispone que:

> 1. El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.
>
>   La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.
>
> 2. Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.
>
> 3. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Por tanto, en el marco de un contrato servicios del sector público se pueden solicitar datos de carácter personal de los miembros de la empresa, siempre y cuando el afectado haya sido informado de la finalidad de los datos que se ceden y haya prestado su consentimiento. Al responsable de tratamiento corresponderá la prueba de la existencia del consentimiento y al órgano de contratación, en todo caso, velar porque dicho consentimiento haya sido recabado.

No puede, por tanto, acogerse la pretensión de recurrente sobre la cesión de datos de carácter personal.

11.1.5 Resolución unilateral del contrato

Resolución 18/2015

A la vista de lo anterior, es cierta la observación del poder adjudicador de que no se prevé en el objeto del contrato ninguna actuación contraria a las determinaciones urbanísticas: precisamente para evitarla se prevé la tramitación de una modificación del planeamiento que permita la adecuación a ellas del proyecto presentado por el adjudicatario. Sin embargo, no radica ahí, a juicio de este Órgano, lo inaceptable de las cláusulas impugnadas. El Plan Especial es un documento urbanístico que permite la alteración de cierto contenido no esencial del Plan General de Ordenación Urbana, y cuya aprobación compete al Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián (artículo 97 y concordantes de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo). Téngase en cuenta que, al tratarse del ejercicio de una facultad discrecional, es perfectamente posible incluso el rechazo de un proyecto de Plan Especial ajustado a la legalidad alegando razones de oportunidad. El Ayuntamiento es el titular de la totalidad del capital social de AK, que no es más que un instrumento de su actuación en materia de equipamientos y servicios deportivos, por lo que no puede decirse que ambos tengan voluntades distintas. Consecuentemente, las cláusulas impugnadas conceden al poder adjudicador la posibilidad de resolver el contrato unilateralmente usando de sus potestades en materia urbanística, sin que medie ninguna culpa o ejecución defectuosa imputable al adjudicatario y sin que ello suponga ninguna obligación de compensar al contratista por los cuantiosos daños que, con toda certeza, le ocasionaría la ruptura del contrato (gastos financieros o de elaboración del proyecto o el Plan, por ejemplo). Todo ello equivale, de hecho, a posibilitar que el órgano de contratación revoque libremente la adjudicación. Dicha posibilidad implica desvirtuar todo el procedimiento de contratación, ya que su objetivo último, la selección de la oferta económicamente más ventajosa, puede verse luego anulado unilateralmente por el poder adjudicador, que puede dejar sin efecto la elección. La situación es especialmente grave porque el clausulado del pliego, claramente abusivo en este punto, no anuda a la revocación ninguna consecuencia onerosa que pueda desincentivar a quien la pretende dictar. Debe recordarse que la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes es un principio básico del derecho de obligaciones (artículo 1.256 del Código Civil). Asimismo, el artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que los contratos no pueden quedar, en general, supeditados a indicaciones del poder adjudicador posteriores a su perfección, por lo que es fácil deducir que es aún más intolerable que éste pueda decidir libremente sobre la continuidad del vínculo negocial. Las cláusulas impugnadas son, además, contrarias al principio de salvaguarda de la libre competencia (artículo 1 TRLCSP), porque crean una incertidumbre sobre el contrato susceptible de desanimar a los operadores económicos potencialmente interesados de su intención de presentar una oferta.

En consecuencia, debe aceptarse la pretensión del recurso de anulación de las cláusulas 17, 19 y 51 del pliego.

Resolución 101/20016

Los recursos critican por abusiva y desproporcionada la facultad que AK se reserva de desistir unilateralmente del contrato, en los siguientes términos (cláusula 5ª):

> Asimismo, una vez formalizado el contrato AK se reserva la facultad de desistir unilateralmente del mismo, sin necesidad de invocar causa alguna al efecto, con un preaviso mínimo de 2 MESES. Estando prevista, según cronograma adjuntado, la ejecución de la obra en 5 fases, el adjudicatario tendrá derecho, en dicho supuesto de desistimiento, a recibir, como indemnización por todos los conceptos, un importe equivalente al 3% de la parte no devengada de los honorarios que hubieran correspondido, por obra ejecutada, a dicha fase (según cronograma aportado por AK) y un 0,5% de los que hubieran correspondido a la siguiente o a las siguientes.

La estipulación se reserva la posibilidad de desligarse unilateralmente del contrato una vez formalizado y sin necesidad de aportar justificación alguna. Tal y como alega el poder adjudicador esta facultad está prevista en el art. 1.594 del Código Civil y nos hallamos ante un contrato que en lo referente a sus efectos y extinción se rige por el derecho privado (art. 20.2 TRLCSP), lo que daría validez a la estipulación. Además, tradicionalmente, las sucesivas Directivas europeas sobre contratación pública han regulado únicamente el procedimiento de selección del contratista que presenta la oferta económicamente más ventajosa, dejando en manos de los ordenamientos nacionales la normativa sobre ejecución del contrato. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ejemplo en la sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, ha superado esta visión y ha establecido que los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia (a los que debe añadirse ahora el de proporcionalidad, según el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24), deben respetarse por supuesto en el procedimiento de adjudicación, pero también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice; en particular, se considera contrario a la igualdad de trato que se modifiquen unilateralmente por el poder adjudicador las condiciones esenciales de la licitación. Esta doctrina, que como es típico del Derecho de la Unión Europea de la contratación pública no distingue entre contratos privados y administrativos, es la que ha forzado, por ejemplo, la actual redacción de los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, relativos a la modificación del contrato y aplicables también a los contratos privados (artículo 20.2 TRLCSP), y es la inspiración de los artículos 72 (modificación del contrato) y 73 (rescisión del contrato) de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública. Conviene recalcar que la jurisprudencia citada se aplicó a las modificaciones contractuales a pesar de que no había en las Directivas entonces vigentes ninguna referencia expresa a la fase de ejecución del contrato, igual que no hay ahora ninguna referencia expresa en la Directiva 2014/24 a la rescisión unilateral por el poder adjudicador sin mediar causa alguna. Sin embargo, es claro que, si el principio de igualdad de trato (recogido también en el artículo 1 TRLCSP) limita las modificaciones que pueden desvirtuar el procedimiento de adjudicación, incluyendo, en ciertos casos, el cambio de contratista una vez perfeccionado el contrato (ver el artículo 72.1 d) de la Directiva 2014/24), con más razón se opone a una facultad del órgano de contratación que le permite privar arbitrariamente al adjudicatario elegido de su condición de contratista. Por ello, no puede aceptarse la aplicación sin matices, incondicionada y sin necesidad de justificación, del artículo 1.594 del Código Civil a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas. Como ya se ha dicho anteriormente, AK no puede, salvo que se desvíe del objeto societario que justifica su existencia, actuar como una sociedad mercantil cualquiera, ya que es un ente instrumental que está gestionando un servicio de titularidad pública y no puede soslayar las previsiones legales que regulan el procedimiento de adjudicación de sus contratos mediante

el uso de una norma o estipulación que le permite alterar libremente el resultado de dicho procedimiento (ver también el Fundamento de Derecho Décimo de la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). Consecuentemente, la cláusula debe anularse.

11.1.6 Prohibición del «Efecto vertical descendente» de las Directivas sobre contratos

Resolución 101/2016

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, modificó el artículo 78 del TRLCSP, ampliando de tres a cinco años el periodo de tiempo al que se puede referir la relación de los principales servicios o trabajos realizados por los licitadores, a efectos de acreditar su solvencia técnica o profesional, estableciendo la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP que esta nueva redacción iniciaría su vigencia cuando las normas reglamentarias de desarrollo definieran los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establecieran para los distintos tipos de contratos, definición que ha tenido lugar mediante el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El poder adjudicador entiende que, en virtud del efecto directo de los artículos 58 y 60 y Anexo XII de la Directiva 2014/24, esta normativa está desplazada y debe entenderse aplicable el plazo de tres años previsto con carácter general en el apartado II a) ii) de dicho Anexo. No hay duda de que la norma invocada por AK cumple gran parte de los requisitos generalmente exigidos para que el mandato de una Directiva tenga efecto directo y deba ser aplicado aunque ello suponga ignorar la normativa nacional; en concreto, se trata de una norma clara, precisa e incondicionada que no ha sido incorporada en plazo por el legislador nacional (en este sentido, ver el documento «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», elaborado por los tribunales de recursos contractuales y disponible en la página web del OARC / KEAO, en adelante «documento de los tribunales de recursos contractuales»). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el poder adjudicador está invocando frente al COAVN un contenido de la Directiva 2014/24 que establece para los operadores económicos un régimen más restrictivo que el del artículo 78 TRLCSP, pues impide el acceso al procedimiento de adjudicación de empresas o profesionales cuya experiencia previa se adquirió más allá de los tres últimos años pero dentro de los últimos cinco. Este efecto, conocido como «efecto directo vertical descendente», no está permitido por la jurisprudencia del TJUE (ver, por ejemplo, la sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-425/12, ECLI:EU:C:2013:829). El documento de los tribunales de recursos contractuales lo explica en los siguientes términos:

> (…) los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de «evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento

> del Derecho de la Unión». A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como «Estado.

Consecuentemente, el motivo de recurso debe estimarse porque la estipulación debatida infringe el artículo 78 del TRLCSP y porque no concurren todos los requisitos para apreciar el efecto directo del apartado II a) ii) del Anexo XII de la Directiva 2014/24. Debe señalarse que, sin perjuicio del carácter de documento de estudio y análisis sin valor vinculante que tiene el documento de los tribunales de recursos (ver su apartado I), en él se señala el efecto directo de los artículos 58 y 60 de la Directiva 2014/24, pero no de su Anexo XII, que no se analiza en detalle.

11.1.7 Alcance actual del término «regulación armonizada»

Resolución 100/2016

OCTAVO: El apartado A 4.-) del Cuadro de Características del PCJ establece que «de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 16 del TRLCSP, el presente Expediente no está sujeto a regulación armonizada habida cuenta que su objeto se corresponde con el previsto como categoría 26 en el Anexo II del TRLCSP». El recurrente considera que, en virtud del efecto directo de la Directiva 2014/24, el contrato sí debe sujetarse a la normativa de los contratos armonizados, tanto a los efectos de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (que sí se ha producido) como para las demás cuestiones a las que dicha normativa hace referencia.

Como señala el documento denominado «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público», elaborado por los órganos de resolución de recursos contractuales y que se puede consultar en la página web de este OARC / KEAO14 (apartado «Memorias y doctrina»), el efecto directo al que alude el recurso supone, en síntesis, que «si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.» Entre los artículos de la Directiva 2014/24 que cumplen los requisitos para desplegar efecto directo están los que regulan su ámbito de aplicación; en especial, y por lo que interesa al objeto de esta Resolución, el artículo 1.1 y las letras c) y d) del artículo 4, en relación con el Anexo XIV. De todos ellos se deduce que el contrato analizado está íntegramente sujeto al régimen de la Directiva, en particular a su Título II («Normas aplicables a los contratos públicos»), sin que sea de aplicación el Título III («Regímenes de contratación particulares»). Consecuentemente, los artículos del TRLCSP en principio aplicables a la contratación y que se opongan a este régimen jurídico deben desplazarse en favor de los preceptos correspondientes de la Directiva que desplieguen efecto directo. Siendo este el marco legal

[14] https://www.euskadi.eus/w32-3084/es/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/index.shtml.

del contrato, no es fácil sin embargo determinar cuál es la pretensión del recurrente. El «suplico» del recurso solicita que se declare que los pliegos son nulos, o que se anulen o revoquen, pero a diferencia de lo que sucede con los demás motivos de impugnación, adecuadamente focalizados en cláusulas contractuales específicas, no se cita ni en dicho «suplico» ni en el resto del escrito de recurso qué apartados concretos de los documentos contractuales se oponen a preceptos de la Directiva con efecto directo. En el Motivo primero del recurso sí se dice que el contrato está sujeto a regulación armonizada «y no sólo a los efectos de su publicación en el DOUE, sino para toda la regulación que ello conlleva», pero se trata de una mención genérica y del todo insuficiente. Debe tenerse en cuenta que el procedimiento del recurso especial tiene finalidad impugnatoria y naturaleza contradictoria, lo que conlleva la necesidad de que, aunque sea sucintamente y con amplia libertad formal, se concrete para qué decisiones se solicita la anulación y con qué argumentos jurídicos; lo contrario sería tanto como convertirlo en un procedimiento de revisión general del expediente iniciado previa denuncia de un interesado, sin sujeción a la congruencia con las peticiones del recurrente (artículo 47.2 TRLCSP) y provocaría la indefensión del poder adjudicador, que difícilmente podría articular una respuesta efectiva contra reproches tan vagos. También se pide en el «suplico» que «se declare que la licitación para el objeto de este contrato sí está sujeta a regulación armonizada», solicitud que no es posible aceptar, porque la Resolución que resuelve el recurso especial no puede tener el alcance no ya declarativo, sino meramente testimonial e inconcreto que se reclama, y debe pronunciarse sobre la supresión y anulación de decisiones ilegales concretas (artículo 47.2 TRLCSP). Por otro lado, el recurrente parece identificar el contenido de la Directiva 2014/24 dotado de efecto directo con el alcance de la regulación propia de los contratos sujetos a regulación armonizada, identificación que no es correcta. Como muy bien explica la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007 (antecedente y base del vigente TRLCSP) en su punto IV, 2, el término «contratos sujetos a regulación armonizada» fue, en síntesis, el medio empleado por el legislador para identificar el ámbito normativo íntegramente supeditado a las prescripciones de las directivas comunitarias, pues con él se definen «los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas»; naturalmente, las directivas a las que se refería entonces la Ley solo podían ser las vigentes en aquel momento, especialmente la Directiva 2004/18, antecedente de la Directiva 2014/24, que la ha derogado. Consecuentemente, no es un concepto operativo para hacer referencia a las directivas actualmente vigentes, cuyo contenido es distinto.

11.1.8 Directiva aplicable por razón temporal

Resolución 93/2016

Se ha de señalar que esta es la Directiva de aplicación al contrato que nos ocupa pues los pliegos rectores del contrato fueron aprobados por Acuerdo del Pleno de fecha 2 de marzo de 2016 y publicados en el DOUE el 25 de marzo de 2016, con anterioridad al 18 de abril de 2016, fecha límite para la transposición de la 2014/24/UE por parte de los estados miembros y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14 ECLI:EU:C:2016:214, apartado 83), la directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no

la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público que, en nuestro ordenamiento interno coincide con la aprobación del expediente (art. 110 TRLCSP).

11.1.9 Prejudicialidad penal

Resolución 31/2017

DUOCÉCIMO: Por último, HIRUTEK solicita que para el supuesto de que este OARC / KEAO acuerde que el mantenimiento del desistimiento del contrato o su anulación, que estas situaciones persistan mientras se tramiten las actuaciones de las Diligencias Previas 432/16 por existir prejudicialidad.

Para la verificación de la existencia la prejudicialidad que invoca HIRUTEK es preciso comprobar si se da la triple identidad, necesaria para que opere la prohibición del «non bis in ídem», que impide que unos mismo hechos, sucesiva y simultáneamente, existan y dejen de existir, en este caso en un procedimiento administrativo y en el orden jurisdiccional penal; nos estamos refiriendo a la identidad de sujetos, hechos y bien jurídico protegido. Pues bien, en los recursos que nos ocupan, cabe decir que sí hay una identidad de sujetos entre los denunciantes y denunciados en la Diligencias Previas 432/2016 y quienes han comparecido como recurrentes ante el OARC / KEAO; por el contrario, no hay identidad entre los hechos que se dilucidan en el recurso especial (un miembro de poder adjudicador que realiza actuaciones en beneficio de un licitador) y los que acarrean la denuncia y las citadas Diligencias Previas (denuncia por acceso indebido a los correos electrónicos de uno de los licitadores), y tampoco hay identidad entre el bien jurídico protegido ya que en el recurso especial se dilucida la infracción de los principios de igualdad, transparencia y conflictos de intereses, y en la denuncia penal se ventilará la infracción del artículo 197.1 del Código Penal.

No cabe, por tanto, admitir la cuestión de prejudicialidad que alega HIRUTEK.

11.1.10 Suspensión unilateral

Resolución 52/2017

En concreto, la cláusula recurrida es la siguiente (apartado VIII del PPT, «Reservas de la Universidad»):

> En las revisiones del contrato motivadas por los cambios tecnológicos y oscilaciones de precios del mercado, la UPV/EHU se reserva el derecho a suspender temporalmente el contrato si las condiciones ofertas no son conformes a sus intereses.

> Las bases establecidas en este Pliego de Prescripciones Técnicas no suponen para la UPV/EHU ningún tipo de exclusividad con las empresas adjudicatarias, reservándose esta Universidad el derecho a convocar otros procedimientos o realizar adquisiciones, siguiendo lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público.

La estipulación contiene dos prevenciones diferentes; en la primera, se trata de la reserva para el poder adjudicador de la posibilidad de suspensión temporal el contrato, mientras que la segunda, en síntesis, supone un señalamiento expreso de que el citado contrato no implica exclusividad, de modo que los bienes que constituyen su objeto pueden ser adquiridos por la UPV / EHU mediante el correspondiente procedimiento. Ambas prescripciones impugnadas se analizan separadamente a continuación. No obstante, con carácter previo, debe observarse que las dos infringen lo dispuesto en el artículo 115.2 del TRLCSP y en el artículo 68.3 en relación con el artículo 67.2 n) del RGLCAP, dado que regulan derechos y obligaciones específicos de las partes, contenido propio del PCAP, que no puede figurar en el PPT.

Por lo que se refiere al derecho de suspensión temporal del contrato, implica que el poder adjudicador puede dejarlo sin efecto unilateralmente durante un periodo de tiempo cuya duración máxima no se especifica y por razones imprecisa y genéricamente formuladas. Todo ello supone que, de hecho, la ejecución del contrato queda al albur de una decisión que la Administración puede tomar arbitrariamente, es decir, sin sujetarse a regla o límite alguno más allá de una confusa mención a «sus intereses», en flagrante contradicción con el artículo 2.2 del RGLCAP, que establece, como principio general, que «no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración». Por otro lado, como ya señaló este OARC / KEAO en su Resolución 101/2016 (ver también, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), los principios generales que rigen la contratación pública, en especial los de igualdad de trato y transparencia (a los que debe añadirse ahora el de proporcionalidad, según el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24), deben respetarse por supuesto en el procedimiento de adjudicación, pero también durante la ejecución del contrato y hasta que ésta finalice; en particular, se considera contrario a la igualdad de trato que se modifiquen unilateralmente por el poder adjudicador las condiciones esenciales de la licitación. Esta doctrina es la que ha forzado, por ejemplo, la actual redacción de los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, relativos a la modificación del contrato, y es la inspiración de los artículos 72 (modificación del contrato) y 73 (rescisión del contrato) de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública. Conviene recalcar que la jurisprudencia citada se aplicó a las modificaciones contractuales a pesar de que no había en las Directivas entonces vigentes ninguna referencia expresa a la fase de ejecución del contrato, igual que no hay ahora ninguna referencia expresa en la Directiva 2014/24 a la suspensión unilateral por el poder adjudicador sin mediar causa alguna. Sin embargo, es claro que, si el principio de igualdad de trato (recogido también en el artículo 1 TRLCSP) limita las modificaciones que pueden desvirtuar el procedimiento de adjudicación, con más razón se opone a una facultad del órgano de contratación que le permite privar arbitrariamente al adjudicatario elegido de su condición de contratista, aunque sea de modo temporal, pues ello supondría soslayar las previsiones legales que regulan el procedimiento de adjudicación mediante el uso de una estipulación que le permite alterar libremente el resultado de dicho procedimiento (ver también el Fundamento de Derecho

Décimo de la Resolución 018/2015 del OARC / KEAO). Consecuentemente, al motivo de anulación fundamentado en la indebida inclusión en el PPT se debe añadir, para este apartado, la infracción de los principios de igualdad de trato y transparencia.

11.1.11 Transitoriedad TRLCSP / LCSP

Resolución 65/2018

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a. De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, «Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.» La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 14 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b. No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que «En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.» El acto impugnado se dictó el día 14 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

ANEXO: RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 005/2011. Adjudicación. Incumplimiento del régimen de incompatibilidades: miembros del órgano proponente del contrato no pueden ser miembros del comité de expertos. Incumplimiento del trámite de lectura del resultado de la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor en el acto de apertura de los sobres con criterios valorables de forma automática.	STSJPV de 27 de noviembre de 2011, nº de procedimiento 1998/2011 y 2013/2011, ECLI:ES:TSJPV:2013:4020	Estimación parcial	Un empleado o directivo experto al servicio del organismo contratante puede pertenecer al Comité de expertos pues no se ha probado que esté integrado en el órgano proponente del contrato, no es miembro de la mesa de contratación y tampoco órgano de contratación. La falta de lectura en alta voz de las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios no automáticos no es exigida por las instrucciones internas de contratación del poder adjudicador y, en todo caso, se ha llevado con anterioridad a valorar las ofertas con criterios de cuantificación automática.
Resolución 012/2012. Pliego. Estimación. Clasificación exigida es improcedente e inadecuada al objeto del contrato.	STSJPV de 28 de octubre de 2013, nº de procedimiento 416/2012, ECLI:ES:TSJPV:2013:1257	Desestimación	
Resolución 033/2012. Adjudicación. Inadmisión fuera de plazo. La falta de motivación de la resolución de adjudicación no es causa de nulidad que permite la ampliación del plazo para la interposición del recurso ya que el recurrente durante el procedimiento ha tenido información suficiente para interponer el recurso. Función de la motivación: evitar la arbitrariedad y dar a conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita impugnar la adjudicación. La exigencia de motivación se cumple aunque no aparezca reflejada en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento siempre que la misma apareciere suficientemente justificada a lo largo del procedimiento.	STSJPV de 27 de noviembre de 2013, nº de procedimiento 496/2012, ECLI:ES:TSJPV:2013:4045	Estimación parcial por inadmisión indebida	La presentación extemporánea del recurso especial no debió ser óbice a su tramitación ya que como alega el recurrente la notificación de la resolución recurrida no se hizo con la información de los recursos procedentes tal y como dispone el artículo 52 de la LRJAP y PAC, en este punto de aplicación supletoria a la materia propia del recurso.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 063/2012. Exclusión-Adjudicación. Desestimación. El informe del equipo auditor es validado y asumido por el comité de expertos siendo la decisión de este último vinculante para la mesa de contratación, sirviendo dichos informes (conocidos por el recurrente y que detallan la puntuación y los apartados en los que no ha obtenido la conformidad) como motivación del acuerdo de exclusión. Potestad discrecional de la Administración en la elaboración de los informes que analizan los criterios de adjudicación que requieren de juicio de valor siempre dentro de ciertos límites, sin que OARC/KEAO pueda pronunciarse sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico. OARC/KEAO incompetente para conocer de la recusación (de la que no se aporta prueba): el procedimiento será el de la LRJPAC.	STSJPV de 27 de junio de 2014, nº de procedimiento 582/2012, ECLI:ES:TSJPV:2014:1781	Desestimación	
Resolución 093/2012. Adjudicación del contrato. Desestimación. Nulidad del criterio sobre mejoras. Introducción de elementos subjetivos en un criterio valorable mediante fórmulas. Alteración del secreto de la oferta. Discrecionalidad en los criterios que exigen un juicio de valor. Recusación de uno de los autores de los informes de valoración.	STSJPV de 10 de noviembre de 2014, nº de procedimiento 62/2013, ECLI:ES:TSJPV:2014:4209	Desestimación	
Resolución 044/2013. Adjudicación. Desestimación. Los pliegos del contrato constituyen una verdadera ley contractual y la presentación de proposiciones sin que se haya impugnado su contenido significa su sometimiento a los mismos.	STSJPV de 22 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 522/2013, ECLI:ES:TSJPV:2015:2862	Estimación Parcial	Los locales ofertados por la adjudicataria no cumplen con las prescripciones del pliego. No obstante, no puede reconocerse en sede jurisdiccional la situación individualizada de que se declare el derecho de la recurrente a ser adjudicataria del contrato ni el derecho al percibo de la indemnización pretendida pues, al igual que la adjudicataria, su oferta no se ajusta a las previsiones del PPT.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 053/2013. Acuerdo de exclusión. Inadmisión: Fuera de plazo.	STSJPV de 23 de octubre de 2014, nº de procedimiento 590/2013, ECLI:ES:TSJPV:2014:3158	Desestimación	
Resolución 108/2013. Pliegos del contrato. Desestimación. Analizado el PBT, no hay, en principio, nada que haga suponer que su contenido infringe el principio de transparencia; afirmación que es implícitamente compartida por el recurrente, pues basa su impugnación en dos cuestiones ajenas al texto de los pliegos que rigen el procedimiento.	STSJPV de 27 de marzo de 2015, nº de procedimiento 744/2013, ECLI:ES:TSJPV:2015:816	Desestimación	
Resolución 007/2014. Pliegos del contrato. Desestimación. El único argumento en el que se apoya el recurso es en el mayor peso de los criterios basados en apreciaciones subjetivas sobre los sujetos a fórmulas, posibilidad que el TRLCSP no sólo no prohíbe, sino que expresamente permite. Apreciación de temeridad en la interposición del recurso.	STSJPV de 31 de marzo de 2015, nº de procedimiento 193/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:822	Estimación	De lo dispuesto en el art. 150.2 TRLCSP y en el art. 150.3 TRLCSP, no puede entenderse como una disyuntiva, a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, que sea facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con sólo establecer que la valoración la realizarán externos al órgano proponente del contrato.
Resolución 011/2014. Pliegos del contrato. Estimación. Debe admitirse en los Acuerdos marco recurridos el concurso de medicamentos en el mismo grupo en nivel 5 de la ATC, pero con distinta denominación D.O.E., puesto que con la pertenencia a ese grupo se está garantizando la misma funcionalidad y funciones de los medicamentos	STSJPV de 5 de octubre de 2015, nº de procedimiento 231/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3428	Estimación	Cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos: en una interpretación lógica y sistemática de los artículos 44.2.b) y 158.1 del TRLCSP, cuando se facilita el acceso a los pliegos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que se señalan en el anuncio de licitación, el día inicial del plazo se corresponde con el siguiente a la fecha de publicación del anuncio, momento en el que los pliegos son «puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento».

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 011/2014. Pliegos del contrato. Estimación. Debe admitirse en los Acuerdos marco recurridos el concurso de medicamentos en el mismo grupo en nivel 5 de la ATC, pero con distinta denominación D.O.E., puesto que con la pertenencia a ese grupo se está garantizando la misma funcionalidad y funciones de los medicamentos	STSJPV de 30 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 317/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:2986	Estimación	Cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos: en una interpretación lógica y sistemática de los artículos 44.2.b) y 158.1 del TRLCSP, cuando se facilita el acceso a los pliegos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que se señalan en el anuncio de licitación, el día inicial del plazo se corresponde con el siguiente a la fecha de publicación del anuncio, momento en el que los pliegos son «puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento».
Resolución 022/2014. Adjudicación. Estimación parcial. El criterio de adjudicación referido al precio adolece de un elemento indeterminado que permite al órgano de contratación modular su aplicación. Nulidad del criterio y de la totalidad del procedimiento de licitación.	STSJPV de 26 de mayo de 2015, nº de procedimiento 278/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:1599	Estimación	Incongruencia ultra petita pues la Resolución decide sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente.
Resolución 055/2014. Pliegos. Estimación. Infracción del artículo 1.256 del CC que prohíbe que los efectos del contrato puedan quedar al arbitrio de una de las partes. Infracción del artículo 293 del TRLCSP que establece el derecho del contratista a percibir el precio por los bienes efectivamente entregados y recibidos.	STSJPV de 27 de mayo de 2015, nº de procedimiento 489/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:1617	Desestimación	
Resolución 64/2014. Adjudicación. Estimación parcial. Legitimación para impugnar la adjudicación del licitador excluido que no ha recurrido su exclusión si del recurso puede derivarse la cancelación de la licitación. Cancelación del procedimiento de adjudicación al no ser posible la retroacción de actuaciones por el conocimiento previo de las ofertas económicas, lo que podría condicionar la actuación del poder adjudicador. No hay posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente al poder adjudicador sin constituirse en Unión Temporal de Empresas.	STSJPV de 2 de diciembre de 2015, nº de procedimiento 544/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3741	Estimación	Legitimación: carece de ella el ofertante ya excluido que no reaccionó contra dicho acto de trámite pero que cuestiona el procedimiento y el resultado de la adjudicación. La resolución del OARC incurre en incongruencia ultra petita por decidir sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 076/2014. Adjudicación y exclusión. Estimación parcial. Naturaleza del contrato a efectos de determinar si está incluido en el ámbito del recurso especial. Incorrecta calificación de contrato administrativo especial de un contrato de servicios. Plazo de interposición del recurso: la notificación contiene indicaciones erróneas, debe tenerse por procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca. Acto impugnable en recurso especial a pesar de que fue objeto de recurso de alzada, vía improcedente ofrecida por el propio poder adjudicador. Legitimación: existe interés directo, pues si se declara la nulidad de actuaciones el licitador excluido podría presentar una nueva oferta. Variantes: no procede excluir al licitador que las presenta cuando no están previstas pero la propia Administración se reserva el derecho de alterar arbitrariamente el contenido de las ofertas, lo que convierte en irrelevante el contenido de las ofertas y todo el procedimiento de adjudicación. Objeto del contrato que se deja a indicaciones posteriores. Nulidad de pleno derecho de una cláusula que permite un trato discriminatorio. Cancelación de la licitación. Congruencia.	STSJPV de 20 de julio de 2015, nº de procedimiento 518/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:2401	Estimación	Cualquier órgano de justicia administrativa puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes que pudieran vaciar de contenido el régimen de impugnación. Incongruencia ultra petita de la Resolución pues decide sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente, erigiéndose en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente.
Resolución 002/2014. Adjudicación. Inadmisión del recurso por presentación extemporánea.	STSJPV de 23 de noviembre de 2015, nº de procedimiento 440/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:4366	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 092/2014. Pliegos. Inadmisión. Cómputo del plazo para recurrir los pliegos. Calificación del contrato a efectos de determinar si está sujeto a recurso especial. Diferencia entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicio público. Legitimación: sindicato; falta de legitimación, pues la resolución no conllevaría ningún beneficio económico o profesional para los trabajadores.	STSJPV de 26 de octubre de 2015, nº de procedimiento 604/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3449	Estimación Parcial	Cómputo del plazo de interposición del recurso contra los pliegos: se comparte el criterio del OARC basado en la STSJPV de 28 de octubre de 2013, por razones de seguridad jurídica. Legitimación de sindicato: el colectivo de empleados laborales que viene prestando el servicio y que, por subrogación, continuará prestándolo bajo una u otra empresa adjudicataria, ostenta interés legítimo en promover la revisión de las cláusulas y pliegos contractuales que versan directa o indirectamente sobre las condiciones laborales y salariales de la plantilla. Fondo del asunto: se desestima el recurso .
Resolución 080/2014. Pliegos. Estimación. Ofertas anormales o desproporcionadas: umbral fijado en un porcentaje de baja respecto al presupuesto base de licitación contrario al TRLCSP que pide que los parámetros objetivos de la anormalidad o desproporción se fijen por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas.	STSJPV de 19 de enero de 2016, nº de procedimiento611/2014, ECLI:ES:TSJPV:2016:213	Estimación	La expresión en los pliegos del contrato de un umbral fijo de baja (10%) referido al presupuesto base de licitación como parámetro objetivo para apreciar, en su caso, la temeridad o desproporción de la proposición se ajusta al art. 150.2 TRLCSP.
Resolución 094/2014. Exclusión. Estimación. Oferta supuestamente inviable: las obligaciones empresariales en materia salarial no se derivan del contrato público, y el hecho de que tales obligaciones no se refleje en el desglose de la oferta no significa que se vayan a incumplir. Oferta anormalmente baja o desproporcionada: aplicación en el procedimiento negociado; no se puede apreciar si se utilizan varios criterios de adjudicación y en el pliego no figuran los parámetros objetivos para considerar inicialmente que la oferta no puede ser cumplida.	STSJPV de 16 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 630/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3030	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 068/2014. Adjudicación. Estimación. Alcance de la retroacción de actuaciones ordenada por una Resolución anterior del OARC / KEAO. Un requisito recogido en la legislación aplicable a la prestación es exigible a cualquier adjudicatario, pero no puede basar la exclusión de una oferta si no figura en los Pliegos. Subcriterios no comprendidos en el criterio principal. Motivación suficiente: gracias a ella, el OARC / KEAO puede resolver la adjudicación en favor de un licitador concreto si se puede fijar inequívocamente, sin margen de discrecionalidad, cuál es la oferta económicamente más ventajosa.	STSJPV de 28 de julio de 2015, nº de procedimiento 600/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:2409	Desestimación	
Resolución 078/2014. Adjudicación. Cuestión de nulidad y recurso especial. Valor estimado del contrato: en su cómputo deben incluirse todas las retribuciones de la prestación, incluidos los pagos en especie. Nulidad del artículo 37,1 a) TRLCSP (falta de publicidad en el DOUE). Congruencia.	STSJPV de 20 de enero de 2016, nº de procedimiento 585/2014, ECLI:ES:TSJPV:2016:219	Estimación	Los licitadores no están legitimados para ejercer la acción de nulidad en razón exclusivamente a esa condición y, por lo tanto, al margen de los efectos que el acto o infracción de que se trate haya producido en la esfera de sus derechos o intereses pues la omisión del requisito de publicación del anuncio en el DOUE no ha sido obstáculo para su participación en el procedimiento.
Resolución 088/2014. Pliegos. Estimación. Ofertas anormales o desproporcionadas: umbral fijado en un porcentaje de baja respecto al presupuesto base de licitación contrario al TRLCSP, que pide que los parámetros objetivos de la anormalidad o desproporción se fijen por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas.	STSJPV de 1 de diciembre de 2015, nº de procedimiento 673/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3759	Estimación	La expresión en los pliegos del contrato de un umbral fijo de baja (10%) referido al presupuesto base de licitación como parámetro objetivo para apreciar, en su caso, la temeridad o desproporción de la proposición se ajusta al art. 150.2 TRLCSP.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 076/2014. Adjudicación y exclusión. Estimación parcial. Naturaleza del contrato a efectos de determinar si está incluido en el ámbito del recurso especial. Incorrecta calificación de contrato administrativo especial de un contrato de servicios. Plazo de interposición del recurso: la notificación contiene indicaciones erróneas, debe tenerse por procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca. Acto impugnable en recurso especial a pesar de que fue objeto de recurso de alzada, vía improcedente ofrecida por el propio poder adjudicador. Legitimación: existe interés directo, pues si se declara la nulidad de actuaciones el licitador excluido podría presentar una nueva oferta. Variantes: no procede excluir al licitador que las presenta cuando no están previstas pero la propia Administración se reserva el derecho de alterar arbitrariamente el contenido de las ofertas, lo que convierte en irrelevante el contenido de las ofertas y todo el procedimiento de adjudicación. Objeto del contrato que se deja a indicaciones posteriores. Nulidad de pleno derecho de una cláusula que permite un trato discriminatorio. Cancelación de la licitación. Congruencia.	STSJPV de 21 de septiembre de 2015, nº de procedimiento 636/2014, ECLI:ES:TSJPV:2015:3036	Estimación	Cualquier órgano de justicia administrativa puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes que pudieran vaciar de contenido el régimen de impugnación. Incongruencia ultra petita de la Resolución pues decide sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la recurrente, erigiéndose en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 041/2015. Pliegos. Contrato con cláusula en favor de tercero que implica que parte del precio es abonado por el usuario: admisible al amparo de la libertad de pactos del artículo 25.1 TRLCSP, pues se ajusta al interés público, los principios de buena administración y la legislación contractual, sanitaria y de protección de datos. No hay necesidad de que los pliegos resuelvan directamente todas las posibles incidencias en la ejecución del contrato, a las cuales se les puede aplicar el sistema de fuentes del TRLCSP. Entrega de los bienes suministrados en locales no pertenecientes a la Administración; cláusula aceptable, diferencia entre entrega y recepción. Entrega directa de productos sanitarios a los usuarios en centros sociosanitarios privados y no concertados; no hay incompatibilidad con la normativa sanitaria.	STSJPV de 26 de septiembre de 2016, nº de procedimiento 251/2015, ES:TSJPV:2016:2907	Estimación parcial	No existe previsión específica para el contrato de suministro, ni norma reguladora de la contratación del sector público, que habiliten la introducción en los pliegos de la modalidad de pago por terceros estipulada en la carátula, a salvo del artículo 281.1 TRLCSP que lo posibilita pero para un tipo contractual de naturaleza distinta al del recurso. Al tener que ser satisfecho parte del precio del contrato por los centros socio-sanitarios donde se entregan los bienes o por sus usuarios, se traslada a un tercero la obligación de pago del precio que le compete a la Administración, con la consecuencia de que el derecho del contratista a percibir el precio convenido una vez entregados los bienes objeto del suministro queda al albur de terceros extraños a la relación contractual.
Resolución 029/2015. Adjudicación. Legitimación activa; inexistencia de beneficio tangible para el recurrente.	STSJPV de 12 de julio de 2016, nº de procedimiento 221/2015, ES:TSJPV:2016:2248	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 069/2015. Adjudicación. Capacidad de las UTE: objeto social, todos los componentes deben tener alguna relación con el objeto del contrato y todos conjuntamente cubrir todo el objeto contractual; habilitación empresarial, exigible únicamente al miembro de la UTE que efectivamente va a desempeñar la actividad sujeta a habilitación, sin que quepa suplirla por la de otros miembros; habilitación aportada con posterioridad a la presentación de ofertas, válida si no era un documento solicitado en el anuncio; reglas de acumulación de la solvencia en las UTE´s, necesidad de que todos los miembros aporten un mínimo y entre todos alcancen el umbral exigido, es válido que la exigencia de trabajos anteriores se cubra íntegramente por una única empresa. Acreditación de la existencia de una organización, indistinguible de la solvencia y acreditada si se acredita ésta. Denegación de acceso al expediente, no consta indefensión; improcedencia de declarar confidencial la totalidad de la oferta.	STSJPV de 30 de noviembre de 2016, nº de procedimiento 543/2015, ES:TSJPV:2016:3715	Estimación	El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar, que comprende la habilitación empresarial o profesional, en este caso la autorización de transporte sanitario, es el de terminación del plazo de presentación de proposiciones. La carencia de esta autorización en una de las empresas empresas integrantes de la UTE afecta a la aptitud para contratar de esta última.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 82/2015. Pliegos. Prescripciones técnicas; barrera de entrada; medicamentos biosimilares con las mismas indicaciones terapéuticas; exigencia arbitraria.	STSJPV de 19 de octubre de 2016, nº de procedimiento 580/2015, ES:TSJPV:2016:3256	Estimación	Que el Acuerdo marco para el suministro de epoteina alfa (DOE) se realice en relación al principio activo y no a la indicación terapéutica está plenamente justificado y no es contrario al principio de libre concurrencia e igualdad.
Resolución 88/2015. Exclusión. Capacidad y solvencia: momento para apreciar la concurrencia de los requisitos, la finalización del plazo de presentación de ofertas; distinción con el momento de acreditación; condición de empresa de inserción acreditada mediante inscripción en un registro oficial; interpretación del pliego conforme a los actos de los contratantes coetáneos o posteriores (artículo 1.282 Código Civil). Cuestión de nulidad: improcedencia, pues no puede acumularse con el recurso especial y no consta la formalización del contrato.	STSJPV de 29 de junio de 2016, nº de procedimiento 588/2015, ES:TSJPV:2016:2106	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 105/2015. Adjudicación. Criterios de adjudicación: correcta acreditación; modo de cálculo de los criterios de preferencia relativos a trabajadores discapacitados en plantilla cuando concurre una UTE, cómputo que se aparta de un precedente, con justificación, principio de confianza legítima. Solvencia: correcta acreditación; incompetencia del OARC para pronunciarse sobre la ejecución de contratos vigentes. Subsanación: no está prevista en la fase de aportación documental del empresario requerido como adjudicatario propuesto; exclusión improcedente, pues no se puede dudar de la disponibilidad de los medios aportados.	STSJPV de 23 de noviembre de 2017, nº de procedimiento647/2015, ES:TSJPV:2016:3721	Estimación	El proceder de la Administración que cambia el precedente de contratos anteriores sobre el modo de cálculo de los criterios de preferencia relativos a trabajadores discapacitados en plantilla cuando concurre una UTE a la licitación sin que la recurrente tuviera conocimiento de dicho cambio, supone infracción del principio de transparencia e igualdad de trato de los licitadores y quiebra de la confianza legítima.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 137/2015. Adjudicación. Plazo de recurso: inicio del cómputo solo cuando se ha producido el traslado efectivo de la notificación al destinatario. Cosa juzgada administrativa; no la hay si se trata de cuestiones que no pudieron ser objeto de recurso anteriormente, aunque los argumentos debatidos sean similares. Criterios de adjudicación: correcta aplicación. Contenido de las proposiciones: no cabe rechazar una oferta que contiene todos los servicios solicitados y fija los precios con la amplia libertad que para ello conceden los pliegos, sino solo cuando no se incluye el contenido mínimo exigido.	STSJPV de 7 de junio de 2016, nº de procedimiento 005/2016, ES:TSJPV:2017:2393	Desestimación	
Resolución 30/2016. Adjudicación. Concepto de «organismos oficial competente» a los efectos de emitir un informe acreditativo de la solvencia, no equivale a «organismo público»	STSJPV de 15 de mayo de 2017, nº de procedimiento 231/2016, ES:TSJPV:2017:1715	Estimación	No se considera como «medida equivalente de garantía de calidad», prevista en el art. 80.2 del TRLCSP (acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad), la certificación que realiza el empresario de sus propios productos.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 84/2016. Cuestión de nulidad. Tratamiento del recurso de acuerdo con su verdadera naturaleza, independientemente de la denominación que le haya dado el recurrente. Naturaleza de la cuestión de nulidad; plazo de interposición cuando el contrato no se ha formalizado; omisión de la publicación en el DOUE. Valor estimado del contrato.	STSJPV de 11 de junio de 2018, nº de procedimiento 653/2016, ES:TSJPV:2018:2279	Estimación	Existe una base indiciaria suficiente para deducir que existe vinculación entre la recurrente y otra sociedad mercantil, que pretendió en un recurso anterior anular este mismo procedimiento de adjudicación, de unidad de propósito o decisión compartida de lograr la nulidad del procedimiento para reiniciarlo otra vez.
Resolución 116/2015. Criterios de adjudicación: criterio que valora el número de vehículos ofertados ya operativos en el momento de presentar la oferta; requisitos para considerar que el criterio no obstaculiza la libre competencia; falta de proporcionalidad entre el criterio y la finalidad que se pretende de con él. Plazo de presentación de la documentación justificativa por el licitador que haya presentado la mejor oferta, no disponible por el órgano de contratación.	STSJPV de 22 de marzo de 2017, nº de procedimiento 713/2014, ECLI: ECLI: ES:TSJPV:2016:4203	Estimación parcial	La infracción apreciada por la Resolución recurrida no puede subsumirse en la causa de nulidad del art. 32,a) del TRLCSP, que remite a las causas de nulidad del art. 62.1 de la Ley 30/1992, pues la infracción de los principios recogidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, incluido el principio de igualdad, no concierne al derecho fundamental del art. 14 CE, que opera frente a las causas de discriminación prohibidas por dicho precepto, y no cualquier trato diferenciado, incida o no en bienes o derechos de otro rango también amparados por la CE, significa su conculcación

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 69/2016. Anuncio y pliegos. Legitimación activa: la tiene la empresa que impugna los pliegos y está interesada en el contrato; la tiene un sindicato si el acto recurrido tiene incide sobre los intereses que defiende. Subrogación de los trabajadores: la fuente de la subrogación no es el Pliego, sino la ley o los convencidos colectivos; lo mismo sucede con otros derechos derivados de la relación laboral, como la garantía del pago del salario; información que debe publicarse. Presupuesto del contrato: alcance del mandato de que el precio contractual se ajuste al mercado; no se acredita que se perjudique la concurrencia o que el contrato no pueda ser normalmente cumplido; principio de riesgo y ventura, el presupuesto no debe garantizar lucro para el contratista.	STSJPV de 1 de febrero de 2018, nº de procedimiento 344/2016, ECLI: ES:TSJPV:2018:916	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 75/2016. Adjudicación. Mejoras: no se precisan los elementos sobre las que pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse; nulidad del criterio; excepción a la preclusividad del plazo de impugnación de los pliegos, recurso indirecto; cancelación de la licitación; congruencia.	STSJPV de 26 de julio de 2017, nº de procedimiento 443/2016, ES:TSJPV:2017:2727	Estimación	Falta de congruencia de la Resolución del OARC ya que, siendo la pretensión del recurso la de la anulación de la adjudicación, cancela la licitación por considerar nulo de pleno derecho por infracción del principio de igualdad y del art. 62.1.a) LRJ-PAC el criterio de adjudicación de «Mejoras», no razonando la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho apreciada.
Resolución 86/2016. Pliegos: la interpretación de cláusulas oscuras del pliego no puede perjudicar al licitador y suponer su exclusión; la falta de mención a una obligación contenida en los pliegos no significa que no se acate; un motivo de exclusión debe ser claro y transparente; el pliego de prescripciones técnicas no es el lugar para señalar los requisitos de solvencia. Efectos de la resolución: cancelación de la licitación, no cabe la retroacción porque no permite ya la evaluación separada de criterios discrecionales y matemáticos.	STSJPV de 15 de marzo de 2017, nº de procedimiento 650/2016, ES:TSJPV:2017:1235	Estimación	A pesar de que los pliegos de la contratación pudieron establecer el contenido obligatorio de la oferta de una forma más clara o con mejor orden sistemático, no puede obviarse la lectura conjunta o complementaria de los mismo para determinar el objeto de la contratación.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 99/2016. Adjudicación. Plazo de interposición: no computa el día inhábil en la sede del OARC / KEAO o en el lugar de residencia del recurrente. Documentación técnica de la oferta: la oferta es contradictoria respecto al cumplimiento de una prescripción técnica y debió ser excluida, sin que quepa interpretarla. Legitimación activa: no la hay para impugnar una oferta si ello no produce un beneficio tangible al recurrente; diferencia entre las posiciones procesales del recurrente y el alegante.	STSJPV de 27 de marzo de 2018, nº de procedimiento911/2016, ES:TSJPV:2018:1129	Estimación	No se trata de acreditar que el parquímetro cumplía o no la especificación técnica del PPT, sino de que la oferta del licitador fuere clara en el compromiso de suministrar un aparato (no necesariamente el aludido en su oferta) que cumpliese tal condición. Y si se entendiera que por los términos literales de la proposición (información del fabricante) hubiera duda o contradicción en dicho punto, la Mesa de Contratación (no vinculada al informe del Área municipal competente) debió solicitar la aclaración pertinente al licitador.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 118/2016. Adjudicación. Motivación: no cabe alegar indefensión por falta de motivación del acto de adjudicación porque se remitieron a los interesados los informes que lo fundamentan, que permite la interposición de un recurso fundado. Ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas; doctrina general, la finalidad es averiguar si la oferta es viable, justificación por la solvencia de la empresa; alegaciones de las empresas sospechosas suficientes y no rebatidas, cómputo global de los beneficios, coste de no resultar adjudicatario, soluciones técnicas adoptadas. Concepto de «onerosidad», beneficios no monetarios. Precio de mercado: no existe un precio «justo» o «real».	STSJPV de 28 de noviembre de 2018, nº de procedimiento 911/2016, ES:TSJPV:2018:3691	Estimación	No puede concluirse que dichas licitadoras hayan detallado y justificado los costes derivados de la ejecución del contrato ni, por ende, la procedencia del precio, como así se les requirió expresamente. La admisión de las ofertas a precio de coste o «a pérdida», o, en los términos empleados por el PCAP « que no reflejen la onerosidad del contrato» , no se compadece con las cláusulas del mismo.

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 133/2016. Adjudicación. Prescripciones técnicas: la falta de mención expresa de una obligación exigida por el pliego de prescripciones técnicas no implica necesariamente la intención de incumplirla; acreditación correcta del cumplimiento de las prescripciones técnicas. Precio del contrato: respeto del precio global máximo y de los precios parciales, la exclusión debe basarse en un motivo claramente consignado en los pliegos, la oscuridad de los pliegos no puede perjudicar al licitador, principio de transparencia, la valoración del precio no debe incluir el IVA.	STSJPV de 24 de enero de 2018, nº de procedimiento 89/2017, ES:TSJPV:2018:104	Estimación	Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas con las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (Art. 1.285 del Código Civil) y, si aun así, se entendiere que otras cláusulas del contrato admitieran otro sentido (el de un único presupuesto máximo de licitación) deben interpretarse unas y otras, en el más adecuado para que las cláusulas que establecen el desglose de conceptos produzcan efecto (Art. 1.284 del Código Civil).
Resolución 119/2017. Pliegos. Legitimación activa: la tiene un sindicato para excluir la posibilidad de que liciten personas físicas por entender que ello supone un contrato laboral en fraude de ley. El recurso debe desestimarse, pues de su estimación no se deriva ningún beneficio tangible para el recurrente, el supuesto perjuicio es hipotético y no se deriva del contenido de los pliegos sino de las circunstancias de la ejecución de la prestación.	STSJPV, de 4 de julio de 2018, nº de procedimiento 166/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:2630	Desestimación	

RESOLUCIÓN OARC/KEAO	STSJPV	SENTIDO DE LA SENTENCIA	RESUMEN
Resolución 124/2017. Adjudicación. Lugar de presentación del recurso especial, presentación en oficinas de correos o en registros distintos del registro del OARC / KEAO o del órgano de contratación, necesidad de que el mismo día de la interposición se envíe una copia electrónica del recurso a dichos órganos para considerar que el recurso se presentó ese día.	STSJPV, de 15 de febrero de 2019, nº de procedimiento 020/2018. ECLI:ES:TSJPV:	Desestimación	